

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



TESIS DOCTORAL

Interacción entre el derecho de la Unión Europea y el derecho nacional en la configuración jurídica y en los efectos laborales de la sucesión empresarial

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Ricardo Dulanto Scott

Directora

Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social



TESIS DOCTORAL

**Interacción entre el Derecho de la Unión Europea y el
Derecho nacional en la configuración jurídica y en los
efectos laborales de la sucesión empresarial**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADO POR

Ricardo Dulanto Scott

BAJO LA DIRECCIÓN DE

Prof. Dra. Dña. Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Madrid, 2017

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
AEC	Asociación Española de empresas de Consultoría
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
AL	Actualidad Laboral
AN	Audiencia Nacional
ARD	Acquired Rights Directive
BOB	Boletín Oficial de Bizkaia
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOP	Boletín Oficial Provincial
BPO	Business Process Outsourcing
BRIC	Brasil, Rusia, India y China
CC	Código Civil
CC.OO.	Comisiones Obreras
CCNCC	Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos
CCNL	Contratto collettivo nazionale di lavoro
CCSSL	Comité seguridad y salud laboral
CE	Constitución Española, Publicado en BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978
CEE	Comunidad Económica Europea
CEE	Centro Especial de Empleo
CEEP	Centro Europeo de la empresa Pública
CEO	Chief Executive Officer
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales
CES	Confederación europea de Sindicatos
CIGS	Cassa integrazione guadagni straordinaria
CIPI	Comitato Interministeriale per il coordinamento della Politica Industriale
CLA	Collective labour agreement
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
DM	Deutsche Mark
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea

DRAE	Diccionario de la real Academia de la lengua española
ECA	European Communities Act - Ley de las Comunidades Europeas
ECON	Committee on Economic and Monetary Affairs
Edi.	Edición
EE.UU	Estados Unidos
EEA	European Economic Area
EFTA	European Free Trade Association
ELR	European Law Review
ET	Estatuto de los Trabajadores
ETUC	European Trade Union Confederation
EURATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
F&A	Fusiones y Adquisiciones
FOGASA	Fondo Garantía Salarial
Forelab	Foro Español de Laboralistas
GLJ	German Law Journal
ILO	International Law Office
INE	Instituto Nacional de Estadística
IRJ	Industrial Relations Journal
IT	Information Technology outsourcing
KLI	Kluwer Law International
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCT	Ley de Contrato de Trabajo, texto refundido aprobado por Decretos de 26 de enero y 31 de marzo de 1944.
LISS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LLP	Limited liability partnership
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
M&A	Merger and Acquisitions
OMC	Organización Mundial del Comercio
PIB	Producto Interior Bruto

PLC	Public Limited Company - Sociedad de Responsabilidad Limitada
PYMES	Pequeña Y Mediana Empresa
RD	Real Decreto
RDMTAS	Revista de Derecho del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
RFA	República Federal de Alemania
RL	Relaciones Laborales
RMTSS	Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
RTSS	Revista de Trabajo y Seguridad Social
RU	Reino Unido
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SIMA	Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje
STC	Sentencia de Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado Fundamental de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TL	Temas Laborales
TS	Tribunal Supremo
TUPE	Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Transferencia de empresas – protección de empleo.
UE	Unión Europea
UGT	Unión General de Trabajadores
Ukip	The UK Independence Party
UNICE	Unión de confederaciones de la industria Europea
UPA	Unidad Productiva Autónoma
US	United States
VJIL	Virginia Journal of International Law

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN	1
- OBJETO DEL TRABAJO	1
- METODOLOGÍA Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	2
- SISTEMÁTICA Y CONTENIDO DEL TRABAJO	4
CAPÍTULO I.- CONTEXTO ECONÓMICO – ORGANIZACIONAL	9
1.- VISIÓN GENERAL DEL MERCADO DE SUCESIONES DE EMPRESAS	9
<u>1.1.- Tipos, volúmenes y tendencias</u>	9
<u>1.2.- Mercado cambiante</u>	21
<u>1.3.- Motivos para la transmisión de una empresa o parte de empresa</u>	23
2.- CONTEXTO PRESENTE Y FUTURO DE LA UNIÓN EUROPEA	27
<u>2.1.- Desafío comunitario, Brexit y sucesión empresarial</u>	30
<u>2.2.- Futuro de la Unión</u>	38
CAPÍTULO II.- INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL NACIONAL	45
1.- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y LOS DERECHOS NACIONALES	47
<u>1.1.- Eficacia directa</u>	47
<u>1.2.- Primacía</u>	50
<u>1.3.- Cooperación leal, equivalencia y efectividad</u>	59
<u>1.4.- Tutela judicial efectiva</u>	62
<u>1.5.- Responsabilidad del Estado</u>	63
2.- INTERACCIÓN ESPECIFICA DE LAS DIRECTIVAS CON EL DERECHO NACIONAL	66
<u>2.1.- Eficacia directa</u>	66
<u>2.2.- Primacía</u>	73

CAPÍTULO III.- CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA SUCESIÓN EMPRESARIAL	79
1.- ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO	81
<u>1.1.- Evolución de la Directiva</u>	81
<u>1.2.- Evolución de la jurisprudencia</u>	93
<u>1.3.- Valoración general de la jurisprudencia comunitaria</u>	111
2.- ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL	115
<u>2.1.- Desarrollo del artículo 44 ET</u>	115
<u>2.2.- Tipos de negocio que pueden generar la sucesión empresarial</u>	122
<u>2.3.- Empresa, centro de trabajo y Unidad Productiva Autónoma</u>	125
<u>2.4.- Entidad económica</u>	132
<u>2.5.- Sucesión de plantilla</u>	136
<u>2.6.- Subrogación obligada por convenio colectivo</u>	146
<u>2.7.- Subrogación obligada por pliego o concurso</u>	152
<u>2.8.- Subrogación obligada por acuerdo entre cedente y cesionario</u>	157
<u>2.9.- Matizaciones relevantes de la jurisprudencia</u>	157
<u>2.9.1.- Reversión de la actividad</u>	158
<u>2.9.2.- Compra de Acciones</u>	160
<u>2.9.3.- Alta Dirección</u>	164
<u>2.10.- ¿Qué ocurre si no cabe aplicar el artículo 44ET?</u>	167
3.- DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL. VALORACIÓN	173
<u>3.1.- Aspecto subjetivo de la configuración jurídica de la sucesión de empresa</u>	175
<u>3.2.- Aspecto objetivo de la configuración jurídica de la sucesión de empresa</u>	179
<u>3.3.- La entidad económica</u>	185
<u>3.4.- La sucesión de plantilla</u>	199
<u>3.5.- La subrogación obligada por convenio colectivo</u>	210

3.6.- <u>La sucesión de activos o de bienes</u>	218
3.7.- <u>Pliegos, concursos, acuerdos privados y las reversiones</u>	220
CAPÍTULO IV.- CONDICIONES DE TRABAJO EN LA SUCESIÓN EMPRESARIAL	225
1.- ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO	228
<u>1.1.- Límites a la aplicación del convenio colectivo del cedente</u>	228
<i>1.1.1.- Condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo</i>	229
<i>1.1.2.- Extinción del convenio colectivo</i>	230
<i>1.1.3.- Expiración del convenio colectivo</i>	230
<i>1.1.4.- Entrada en vigor de otro convenio colectivo</i>	232
<i>1.1.5.- Entrada de aplicación de otro convenio colectivo</i>	233
<i>1.1.6.- Análisis del límite de entrada de aplicación de otro convenio colectivo en los distintos Estados miembros</i>	236
<i>1.1.7.- Límite de un año</i>	276
<u>1.2.- Matizaciones relevantes de la jurisprudencia</u>	279
<i>1.2.1.- Fecha de transmisión y responsabilidad del cesionario</i>	279
<i>1.2.2.- Cláusulas de remisión dinámica o estática</i>	281
<i>1.2.3.- Continuidad del Derecho frente a continuidad del acuerdo</i>	284
2.- ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL	286
<u>2.1.- Expiración del Convenio Colectivo de origen</u>	286
<u>2.2.- Entrada en vigor de un Convenio Colectivo nuevo, de aplicación a la entidad transmitida</u>	298
<u>2.3.- Pacto establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores</u>	309
<i>2.3.1.- Antes de la reforma de 2.001</i>	310
<i>2.3.2.- Tras la reforma de 2.001</i>	316

3.- DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL. VALORACIÓN	320
<u>3.1.- Efectos de que no se haya recogido la extinción en el ET</u>	322
<u>3.2.- Efectos de que no se haya recogido la entrada de aplicación de otro convenio colectivo en el ET</u>	324
<u>3.3.- Efectos que no se haya acogido a la posibilidad de limitar la aplicación de los términos y condiciones a un año en el ET</u>	329
<u>3.4.- Pacto establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores</u>	329
<u>3.5.- Condiciones de trabajo, convenios colectivos en la sucesión empresarial y práctica del mercado</u>	332
CAPÍTULO V.- MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO	339
1.- ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO	339
<u>1.1.- Carácter imperativo de la Directiva sobre las condiciones de trabajo</u>	341
<u>1.2 Potenciales modificaciones – incluyendo las sustanciales</u>	343
1.2.1.- <i>Modificaciones por cambio de convenio</i>	344
1.2.2.- <i>Modificaciones por no poder reproducir el cesionario las condiciones</i>	345
1.2.3.- <i>Modificación por iniciativa del empleador</i>	346
<u>1.3.- Excepcionalidad por estado de quiebra o insolvencia</u>	349
<u>1.4- Margen de actuación más favorable para los trabajadores</u>	351
2.- ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL	354
<u>2.1.- Modificaciones sustanciales</u>	359
<u>2.2.- Ius Variandi y el artículo 44.9 ET</u>	369
<u>2.3.- El deber de Información del artículo 44.9 ET y potenciales consecuencias</u>	372
<u>2.4.- Condición más beneficiosa</u>	386

<u>2.5.- Derecho condicionado a la vigencia de la relación laboral</u>	388
<u>2.6.- Sucesión de empresa y el derecho laboral concursal</u>	389
3.- DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL. VALORACIÓN	397
<u>3.1.- Condiciones de trabajo y las potenciales modificaciones</u>	398
<u>3.2.- Ius variandi</u>	401
CONCLUSIONES	411
1.- DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL NACIONAL	411
1.1.- Concepto de entidad económica	411
1.2.- Subrogación por obligación del convenio colectivo	412
1.3.- Sucesión de activos o bienes	414
1.4.- El convenio colectivo aplicable si hay cambio de sector debe ser el del cesionario	416
1.5.- Ius variandi	416
2.- EFECTO DE LAS DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL DERECHO NACIONAL	417
2.1.- Contratos de servicios	417
2.2.- Externalizaciones y adquisiciones en distintos sectores	420
3.3.- POTENCIALES SOLUCIONES	421
BIBLIOGRAFIA	425
JURISPRUDENCIA	442
ÍNDICE DE CUADROS	455
RESUMEN	457
ABSTRACT	458

INTRODUCCIÓN

- OBJETO DEL TRABAJO

El presente estudio intenta analizar la interacción entre el derecho comunitario y el derecho nacional en las situaciones de sucesiones de empresa, centrándose en dos aspectos prioritarios para dichas sucesiones como son el objeto de las mismas y los efectos laborales que conllevan.

En general, los principales motivos de las fusiones y adquisiciones son aumentar su mercado y la eficiencia, para las externalizaciones lo son la flexibilidad, eficiencia y productividad, pero lo que en verdad está detrás de ambas transacciones es conseguir ser más rentable, una mayor competitividad y eficiencia. Estos motivos van en el mismo ADN de las empresas, (sobre todo las que tienen ánimo de lucro) en principio, no se crea una empresa para perder dinero y normalmente si la empresa se encuentra ante una oportunidad viable para ser más rentable, de crecer más, lo lógico es que lo aproveche, al no ser que no se confié en dicha oportunidad o se tenga dudas de que sea, en verdad, un movimiento positivo que le ayude a alcanzar dichos objetivos. Por tanto, se entiende que esta motivación va a perdurar en el tiempo.

Las figuras de la adquisición, fusión y externalización están en el mercado desde que la misma empresa existe y se puede cambiar de propietario, por lo que los Estados intentan regularlo ya que tienen múltiples implicaciones, por ejemplo, desde un punto de vista de mercado, para evitar monopolios que acaben traducándose en imposiciones para otras empresas, proveedores o clientes.

De esta forma se crearon entes como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), organismo que garantiza la libre competencia y regula todos los mercados y sectores productivos de la economía española. La Federal Trade Commission en EE.UU. o en la Unión Europea la Comisión ECON (Asuntos Económicos y Monetarios) con mandatos entre los que figuran las políticas económicas y monetarias de la Unión, incluida la normativa sobre competencia y ayudas públicas a las empresas. Ciertas adquisiciones y fusiones tienen que ser revisadas por las autoridades pertinentes.

Otro aspecto que se intenta regular es la mano de obra, dado que en este tipo de transmisiones se pueden ver involucrados parte de los trabajadores de la empresa de origen. Se suele intentar que estos trabajadores no se vean afectados en sus contratos de trabajo o en sus condiciones laborales, más aún si cabe dado que el coste laboral puede llegar a ser una parte muy importante del gasto total de la empresa por lo que hay que evitar tentaciones de reducir las condiciones de trabajo por la transmisión en sí. De esta forma, tanto el ordenamiento jurídico comunitario como el nacional comparten el principio de salvaguardar los derechos de los trabajadores en situaciones de sucesiones de empresa o parte de estas.

La finalidad principal de este trabajo consiste en analizar ambos ordenamientos jurídicos, profundizando en la configuración jurídica de la sucesión y en las consecuencias laborales que se prevén en dichos ordenamientos. El objeto del trabajo es discernir si ambos ordenamientos jurídicos están en sintonía, revisar las posibles discrepancias, llevar a cabo una valoración de las mismas y presentar algunas propuestas sobre como poder conciliar el ordenamiento jurídico nacional con el comunitario.

- METODOLOGÍA Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

De esta forma se analizará la Directiva 2001/23¹, la transposición de la misma al ordenamiento jurídico español, el Estatuto de los Trabajadores, la jurisprudencia a nivel europeo y a nivel nacional, así como la visión de todo lo anterior por parte de la doctrina y la realidad del mercado sobre cómo funciona a día de hoy estos procesos.

Es una materia que se antoja de alta relevancia y complejidad, relevancia por la realidad del mercado donde ocurren los numerosos movimientos entre empresas, no solo a nivel nacional, sino europeo y mundial ya que cuando una multinacional compra o se fusiona por ejemplo con otra multinacional, independientemente de donde tengan su sede, las filiales en los distintos países siguen la pauta marcada por la empresa matriz. No obstante, este tipo de situación no es exclusiva de las grandes empresas sino también tienen lugar en las PYMES españolas.

En cuanto a la complejidad, revisaremos que la figura de la sucesión empresarial ha dado en las últimas décadas fruto a múltiples resoluciones judiciales tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como del Tribunal Supremo (TS) español. Ha habido tres Directivas que han regulado el tema, Directiva 77/187¹, Directiva 98/50² y Directiva 2001/23³, lo que delata que la sucesión empresarial es un tema complejo. Por su parte el Estatuto de los Trabajadores ha pasado de recoger la normativa referente a la sucesión de empresa en dos apartados del artículo 44 ET, en su versión de 1980 a una estipulación de diez apartados del mismo artículo 44 ET con la modificación de la Ley 12/2001.

Para poder llegar a entender los distintos aspectos tanto el de la configuración jurídica de la sucesión, como el del efecto en las condiciones laborales, son básicos la Directiva europea aplicable, la transposición a nuestro ordenamiento jurídico, el Estatuto de los Trabajadores, la jurisprudencia y la doctrina al respecto, que como se verá hay puntos que se han ido esclareciendo a lo largo de los años, pero hay otros que todavía pueden generar mucha controversia como la entidad económica, el tratamiento de las contratas y subcontratas, el convenio de aplicación, las subrogaciones por convenio colectivo, potenciales acuerdos tras la transmisión o las modificaciones no sustanciales de las condiciones de trabajo.

1.- Directiva 77/187/CEE del Consejo de 14 de febrero de 1977 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

2.- Directiva 98/50/CE del Consejo de 29 de junio de 1998 por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

3.- Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

- SISTEMÁTICA Y CONTENIDO DEL TRABAJO

El presente trabajo se articula en cinco capítulos. El primer capítulo sobre el contexto económico–organizacional analiza ciertos aspectos que ayudan a poner la sucesión de empresa en el contexto actual. El segundo capítulo aborda los principios de interacción entre el Derecho de la Unión y los derechos nacionales. El tercer capítulo versa sobre la configuración jurídica de la sucesión empresarial. El cuarto capítulo trata sobre las condiciones de trabajo cuando se da la sucesión empresarial, haciendo hincapié en aspectos de alta relevancia para todas las partes involucradas en la sucesión empresarial como es el impacto en la aplicación de los distintos convenios colectivos. El quinto capítulo profundiza sobre las modificaciones en las condiciones de trabajo relacionadas con la sucesión empresarial, analizando si son viables o no y en caso de serlo, revisar los procedimientos, las obligaciones y el tipo de modificaciones. Por último, se presentan, a modo de conclusiones, determinadas consideraciones en torno a la interacción y divergencias detectadas entre ambos ordenamientos jurídicos, como impactas dichas divergencias a los distintos actores españoles y las potenciales soluciones.

El capítulo primero sobre el contexto económico–organizacional está compuesto por dos apartados que recogen el entorno en el que se producen las sucesiones empresariales y son los siguientes: 1.- Visión general del mercado en sucesiones de empresa, que permite evaluar los volúmenes y las tendencias que se aprecian en el mercado sobre las sucesiones de empresa, así como los motivos para la transmisión, aportando una visión del porqué ocurren este tipo de negocios; y 2.- El contexto presente y futuro de la Unión Europea, incluyendo el desafío comunitario que supone el Brexit analizando que supondría para un Estado miembro la salida de la Unión Europea, en general, y para la normativa de la sucesión de empresas en concreto, así como los planes de la Comisión para el futuro de la UE.

El capítulo segundo que versa sobre la interacción entre el Derecho de la Unión y los nacionales recogiendo los siguientes puntos: 1.- Los principios que rigen dicha interacción, el principio de primacía, el de cooperación leal incluyendo los principios de equivalencia y de efectividad, el de la tutela judicial efectiva y el de la responsabilidad del Estado; y 2.- La interacción específica de las Directivas con el Derecho nacional.

El capítulo tercero de este trabajo analiza la configuración jurídica de la sucesión empresarial, está dividido en tres títulos: 1.- El ordenamiento jurídico comunitario, analizando tanto la evolución de la Directiva, como la evolución de la jurisprudencia comunitaria. 2.- El ordenamiento jurídico nacional, revisando la normativa nacional, los tipos de negocio que pueden generar la sucesión empresarial, los conceptos de empresa, centro de trabajo y Unidad Productiva Autónoma, la entidad económica, la sucesión de plantilla, la subrogación obligada por convenio colectivo, la subrogación obligada por pliego o concurso, la subrogación obligada por acuerdo entre el cedente y cesionario, así como otras matizaciones que ha llevado a cabo la jurisprudencia nacional sobre la sucesión de empresas, junto con el análisis ante la pregunta de ¿qué ocurre si no cabe aplicar el artículo 44 ET?, 3.- Divergencias entre el Derecho de la Unión y el ordenamiento jurídico nacional y su valoración, evaluando el aspecto subjetivo de la configuración de la sucesión de empresa, así como el aspecto objetivo de dicha configuración, la entidad económica, la sucesión de plantilla, la subrogación obligada por convenio colectivo, la sucesión de activos o bienes y por último los pliegos, concursos, acuerdos privados y las reversiones.

El capítulo cuarto de este trabajo analiza las condiciones de trabajo en las sucesiones de empresa: 1.- El ordenamiento jurídico comunitario, revisando los límites a la aplicación del convenio colectivo del cedente, incluyendo las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, la extinción del convenio colectivo, la expiración del convenio colectivo, la entrada en vigor de otro convenio colectivo de aplicación, la entrada de aplicación de otro convenio colectivo, incluyendo un análisis de la regulación del concepto aplicación en cada uno de los Estados miembros, junto con un resumen y valoración de dicho análisis, el límite temporal a la aplicación del convenio colectivo del cedente de un año, así como matizaciones relevantes que ha llevado a cabo el TJUE sobre las condiciones de trabajo en la sucesión empresarial. 2.- El ordenamiento jurídico nacional revisando la expiración del convenio colectivo de origen, junto con la ultraactividad, la entrada en vigor de un convenio colectivo nuevo de aplicación a la entidad transmitida y el pacto establecido una vez consumada la sucesión empresarial mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores. 3.- Divergencias entre el Derecho de la Unión y el ordenamiento jurídico nacional y sus valoraciones, en concreto, el efecto de que no se haya recogido la extinción en el ET,

el efecto de que no se haya recogido la entrada de aplicación de otro convenio colectivo en el ET, el efecto de que no se haya recogido la posibilidad de limitar la aplicación de los términos y condiciones a un año en el ET, la valoración del pacto establecido en el artículo 44.4 ET, así como la valoración de las condiciones de trabajo, los convenios colectivos en la sucesión empresarial y la práctica del mercado.

El capítulo quinto, relativo a la modificación de las condiciones de trabajo: 1.- El ordenamiento jurídico comunitario, recalcando el carácter imperativo de la Directiva, profundizando en las potenciales modificaciones incluyendo las sustanciales, a través de la modificación por cambio de convenio colectivo, la modificación por no poder reproducir el cesionario las condiciones, la modificación por iniciativa del empleador, así como la excepcionalidad por estado de quiebra y por último el margen de actuación más favorable para los trabajadores; 2.- El ordenamiento jurídico nacional revisando la modificación por pacto establecido en el artículo 44.4 ET, la modificación por iniciativa del empleador, tanto las modificaciones sustanciales, como el *ius variandi*, el deber de información del artículo 44.9 y sus potenciales consecuencias, la condición más beneficiosa, el Derecho condicionado a la vigencia de la relación laboral, así como la sucesión de empresa y el derecho laboral concursal; así como matizaciones relevantes sobre las modificaciones, llevadas a cabo por la jurisprudencia nacional. 3.- Divergencias entre el Derecho de la Unión y el ordenamiento jurídico nacional y sus valoraciones, en concreto, la valoración de las condiciones de trabajo y las potenciales modificaciones, valoración de la información a los representantes de los trabajadores y la modificación, así como el *ius variandi*.

Para finalizar se presentan las siguientes conclusiones: 1.- Divergencias que existen entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional, incluyendo el concepto de la entidad económica, la subrogación por obligación del convenio colectivo, la sucesión de activos o bienes, el convenio colectivo aplicable si hay cambio de sector, que debe ser el del cesionario, y el *ius variandi*; 2.- Efecto de las divergencias entre el Derecho de la Unión y el nacional incluyendo los contratos de servicios, las externalizaciones y las adquisiciones en distintos sectores; y 3.- Potenciales soluciones.

CAPÍTULO I.- CONTEXTO ECONÓMICO – ORGANIZACIONAL

1.- VISIÓN GENERAL DEL MERCADO DE SUCESIONES DE EMPRESAS

1.1.- Tipos, volúmenes y tendencias

1.2.- Mercado cambiante

1.3.- Motivos para la transmisión de una empresa o parte de empresa

2.- CONTEXTO PRESENTE Y FUTURO DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1.- Desafío comunitario, Brexit y sucesión empresarial

2.2.- Futuro de la Unión

CAPÍTULO I.- CONTEXTO ECONÓMICO - ORGANIZACIONAL

En el presente capítulo van a analizarse ciertos aspectos que ayudan a poner la sucesión de empresa en el contexto actual: 1.- Visión general del mercado en las sucesiones de empresa, que permite evaluar los volúmenes y las tendencias que se aprecian en el mercado sobre las sucesiones de empresa, así como los motivos para la transmisión, aportando una visión del porqué ocurren este tipo de negocios y, 2.- Contexto presente y futuro de la UE, incluyendo el desafío comunitario que se da en nuestra actualidad como es el Brexit, analizando que supondría para un Estado miembro la salida de la Unión Europea, en general y para la normativa de la sucesión de empresas en concreto.

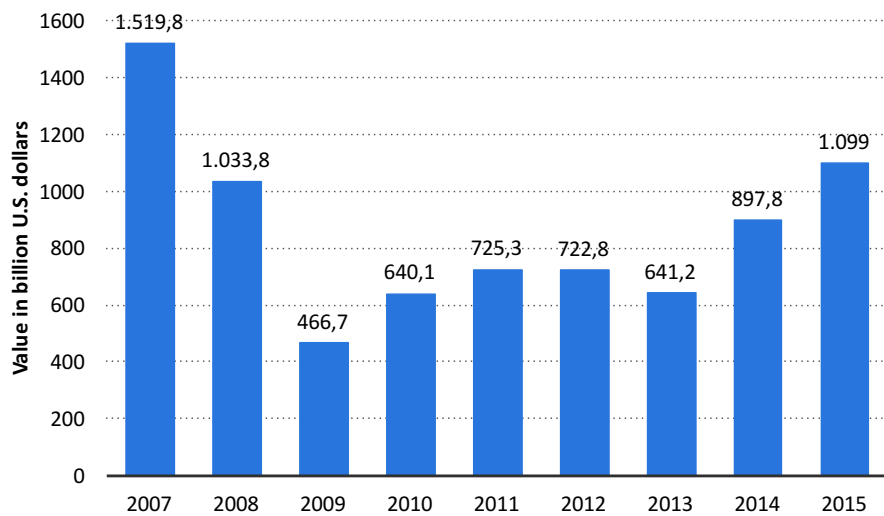
1.- VISIÓN GENERAL DEL MERCADO DE SUCESIONES DE EMPRESAS

1.1.- Tipos, volúmenes y tendencias

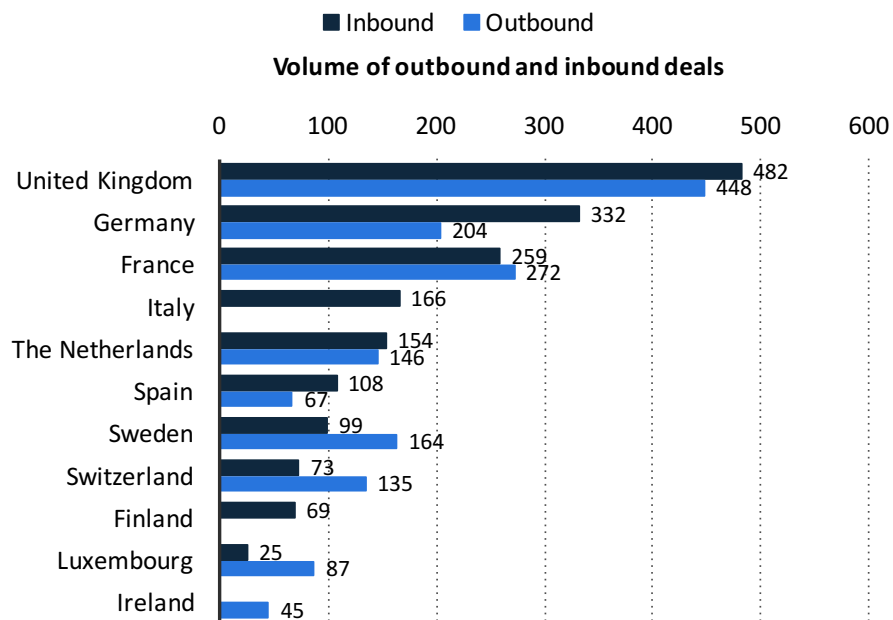
La tendencia del mercado mundial, europeo y español, es que todos los años haya negocios jurídicos que conlleven una sucesión empresarial. Este tipo de negocios se pueden dividir en dos grupos a nivel general, lo que el mercado conoce como Merger and Acquisitions (M&A), en castellano Fusiones y Adquisiciones (F&A), y el Outsourcing o Externalizaciones. Además de estos dos grandes fenómenos hay otros términos en el mercado como, por ejemplo, el outtasking (donde en un contrato de servicios informáticos, la empresa proveedora no se hacen cargo de toda la informática del usuario, sólo de cuestiones muy específicas) o el near-source (que viene a ser una subcontratación o externalización cercana, normalmente en el mismo país frente al offshoring donde el proceso de negocios se lleva de un país a otro). Como se verá en el estudio lo realmente importante no es la nomenclatura de las operaciones si no entender qué negocio jurídico se ha llevado a cabo.

Para tener una sensación de los volúmenes de negocio que estamos hablando nos centraremos en los movimientos por M&A y por outsourcing, así en cuanto a la relevancia de fusiones y adquisiciones, en las siguientes tablas se puede observar como se ha comportado el mercado tanto a nivel europeo como español en los últimos años:

1.- Valor de las operaciones de fusiones y adquisiciones en Europa entre 2007 y 2015 (en miles de millones de dólares de los EE.UU.) ⁴:



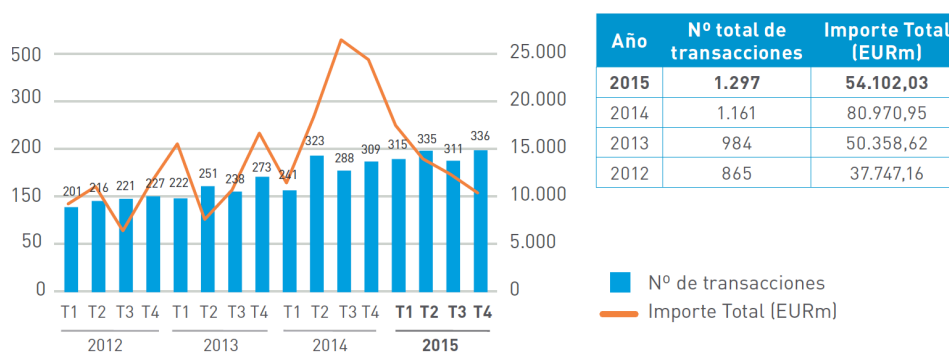
2.- Volumen de ofertas de adquisiciones “inbound” y “outbound” en determinados países europeos en el primer semestre de 2016⁴:



4.- STATISTA: Mergers and acquisitions (M&A) in Europe - Statista Dossier, 2016

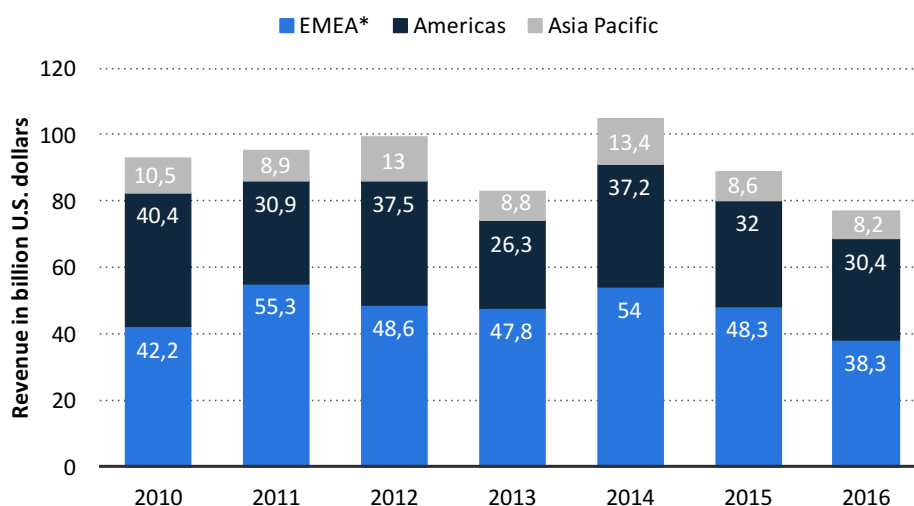
3.- Fusiones y adquisiciones en España en trimestres desde 2012 al 2015⁵:

Evolución trimestral desde 2012



En cuanto al negocio de las externalizaciones, en las siguientes tablas podemos observar su relevancia global y su presencia en Europa:

- Ingresos globales de la industria del outsourcing de 2010 a 2016, por región (en miles de millones de dólares de los EE.UU.) ⁶:

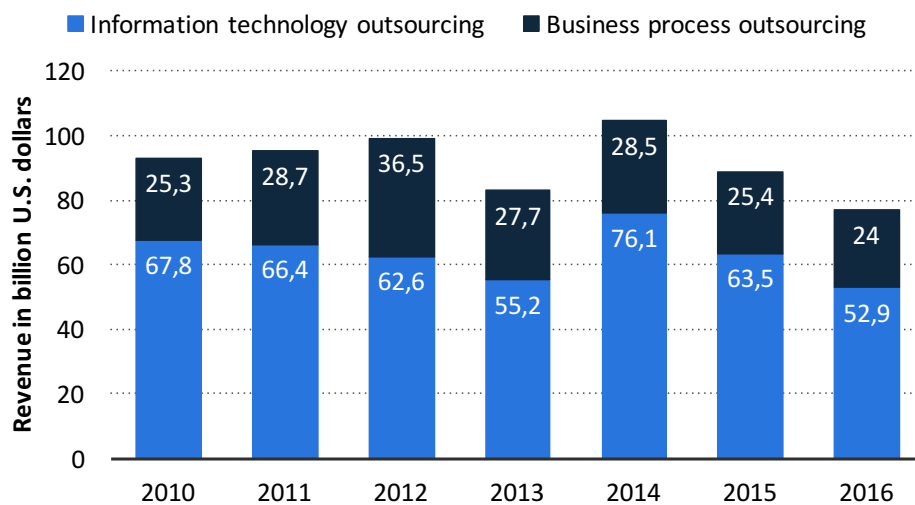


5.- TTR - TRANSACTIONAL TRACK RECORD - Iberian Market – Annual, 2016,

6.- STATISTA: Global outsourcing industry revenue from 2010 to 2016, Statista Dossier, 2017

En cuanto al tipo de externalización se suele subdividir en dos grupos dependiendo del servicio contratado. Se suele hablar de IT (Information Technology outsourcing) y de BPO (Business Process Outsourcing), el primero relacionado con la informática de las empresas y el segundo con los procesos de las empresas como por ejemplo la administración de Recursos Humanos.

- Ingresos de la industria global de outsourcing de 2010 a 2016, por tipo de servicio (en miles de millones de dólares EE.UU.)⁷:



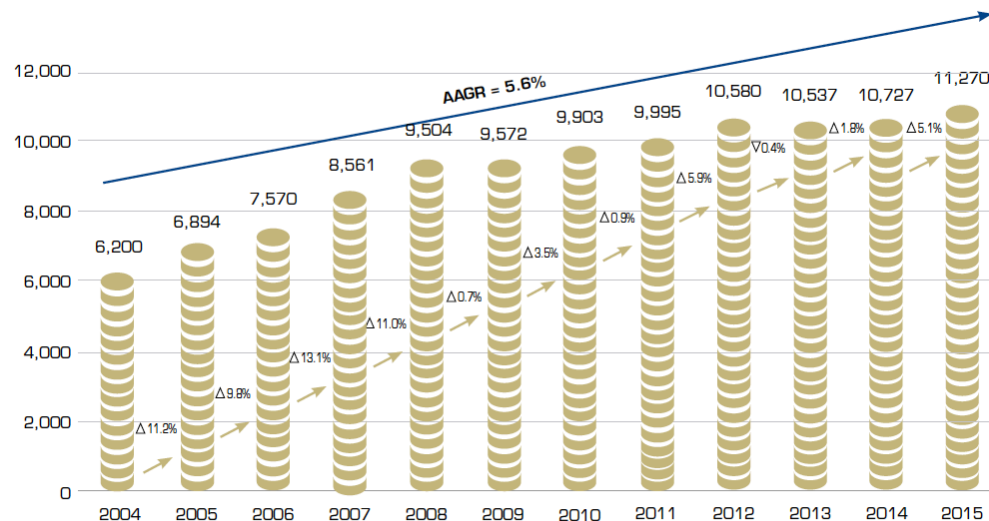
Este cuadro refleja la importancia de los servicios informáticos en este sector, ya que actualmente los contratos de outsourcing son, en gran medida, para servicios de perfil informático. Ello, no obstante, los contratos de procesos de negocios están igualmente consolidados. Así, hace años las empresas desempeñaban ellas mismas las labores de limpieza y actualmente es raro encontrarnos con empresas que no tengan este servicio contratado con un proveedor. Hoy en día, empresas dedicadas a la informática dan servicio a empresas de todo tipo de sectores donde habitualmente en el primer contrato que se firma se produce una externalización del departamento de informática de la empresa principal a la empresa IT. Muy probablemente, este tipo de movimientos se pueden dar en el futuro en departamentos de otro perfil como ya se está dando en temas de administración o secretariado.

7.- STATISTA: Global outsourcing market Statista Dossier, 2017

En España el sector del outsourcing está muy consolidado, afectando igualmente a sus filiales en otros países:

- Ingresos totales de las ventas de servicios de empresas consultoras españolas y sus filiales en el extranjero: 2004-2015 (millones de euros)⁸:

Trend 2004-2015 (million euro)



AAGR: accumulated annual growth rate.

Source: AEC.

En cuanto a las regiones geográficas, como se ha podido ver en las gráficas sobre los contratos de outsourcing, en Asia y Pacífico tienen ya una consolidada posición en el reparto de los ingresos mundiales, ocurre lo mismo en los negocios de fusiones y adquisiciones, donde es reconocido que el entorno de EE.UU., Europa y China son las regiones donde este tipo de movimientos empresariales existe de forma más relevante, en otras geografías e incluso mercados emergentes todavía constan con números incipientes a pesar de haber movimientos importantes. Esto sin duda irá cambiando a la vez que las empresas de los países emergentes vayan cogiendo más relevancia en el panorama internacional y vayan adquiriendo empresas o fusionándose con multinacionales, lo cual como se decía anteriormente impacta a todas las filiales de los grupos en los distintos países donde tienen presencia.

8.- Asociación Española de empresas de Consultoría:

<http://www.consultoras.org/frontend/aec/base.php> , 2017

De esta forma, por ejemplo, los países BRIC (Brasil, Rusia, India y China) están empezando a tener relevancia en este tipo de negocios jurídicos, lo que puede tener impacto en las empresas de nuestro país. Así, la multinacional China Lenovo, empresa de ordenadores, tabletas y smartphones que también cuenta con tecnología de información de integración y servicios de soporte, fundada en 1984, adquirió el negocio del Personal Computing de IBM en 2005, lo que la convirtió en la fabricante internacional de ordenadores más grande del mundo. Su sede central está ubicada en Raleigh, Carolina del Norte, Estados Unidos y en Pekín, China.

Lenovo no se quedó solo en esa adquisición, sino que durante los últimos tiempos ha llevado a cabo otras:

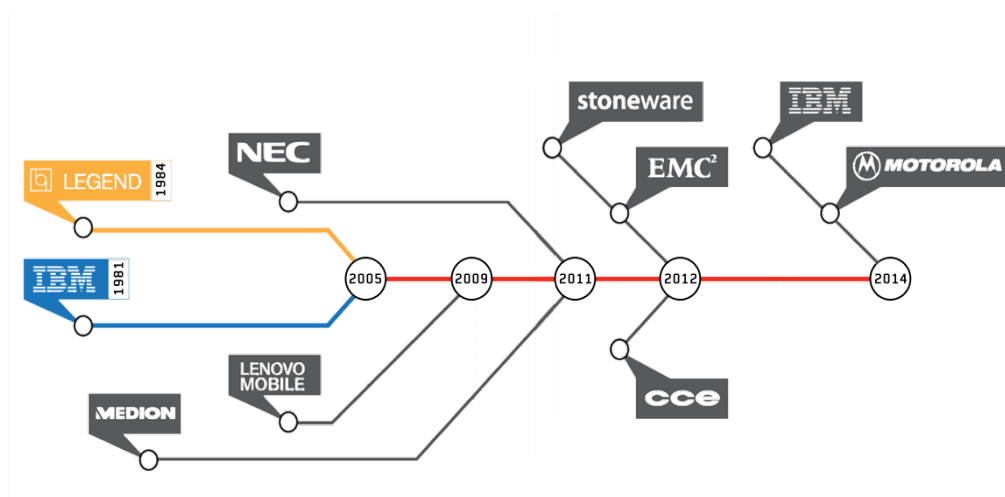
2011: Lenovo compra la División Informática de NEC para formar la empresa informática más grande de Asia y Oriente.

2012: Lenovo compra el mayor fabricante de electrodomésticos brasileño CCE

2014: Compra el negocio de servidores de IBM por 1.690 millones de euros

2014: Compra el 20% de Motorola a Google por 2.910 millones de dólares

Tabla resumen de compraventas y fusiones⁹:



9.- LENOVO: http://www.lenovo.com/lenovo/us/en/index.shtml?footer-id=our_company, febrero 2017.

En la India, nos podemos encontrar con grupos empresariales como TATA, fundado por Jamsetji Tata en 1868. El Grupo Tata está compuesto por 98 empresas que operan en siete sectores: comunicaciones & sistemas de información, ingeniería, materiales, servicios, energía, bienes de consumo y químicos. El grupo factura unos 62.500 millones de dólares al año, equivalentes al 5% del producto interno bruto (PIB) de la India.

Entre sus empresas se encuentran, TCS (Tata Consultancy Services), la mayor empresa de software y servicios de Asia. Tata Tea, la mayor productora de té del mundo. Tata Steel, el segundo mayor productor de acero de la India. Tata Motors (antiguamente Tata Engineering and Locomotives Company Ltd (TELCO)), fabricante de vehículos comerciales (la más grande en la India) y automóviles. Indian Hotels, división de hotelería y turismo del grupo.

Para ver la relevancia de todos estos datos, nos centramos únicamente en una de las compañías, Tata Motors Limited, fundada en 1945 la cual se autodefine como una multinacional india con sede en Mumbai, sus productos son coches, autobuses, camiones, vehículos de construcción y militares. Es la decimoséptima compañía mundial en fabricación de coches, la cuarta en cuanto a camiones y la segunda de autobuses en cuanto al volumen. Cotiza en el “National Stock Exchange of India¹⁰” y en el “The New York Stock Exchange¹¹” en 2014 ocupó el puesto 287 de las 500 compañías más grandes según “Fortune Global 500¹²” y el 263 en la lista de Forbes de 2015¹³, empatando en la posición con VISA. Fechas relevantes:

2004: Compra la firma coreana Daewoo Commercial Vehicle Co.

2005: Compra el 21% del fabricante español Hispano Carrocera S.A.

10.- NATIONAL STOCK EXCHANGE OF INDIA: <http://www.nseindia.com/>, febrero 2017

11.- THE NEW YORK STOCK EXCHANGE: <https://www.nyse.com/index>, febrero 2017

12.- FORTUNE GLOBAL 500: <http://fortune.com/global500/>, febrero 2017

13.- FORBES <http://www.forbes.com/global2000/list/6/#tab:overall>, febrero 2016

2006: Acuerdo de producción y distribución con Fiat Group Automobiles y entra en una alianza con el fabricante brasileño de autobuses Marcopolo.

2008: Acuerda la compra de las marcas Jaguar y Land Rover a Ford.

2009: Adquiere el 100% de la carrocera de autobuses y autocares "Hispano Carrocera", afincada en Zaragoza, a la que renombra como Tata Hispano.

2013: Anuncia el cierre de Tata Hispano.

Hispano Carrocera, S.A. fue en su día, una de las principales constructoras de autobuses, autocares, cabinas para autocares y trolebuses en Europa. La empresa poseía dos plantas de producción una situada en Zaragoza (España), donde estaba la casa matriz, y otra en Casablanca (Marruecos), con una capacidad de producción global de 2.000 unidades al año. A lo largo de su historia, Hispano tuvo relaciones de comercio internacional con más de 50 países.

Como último ejemplo de empresas de países BRIC se revisa una cervecera brasileña, AmBev (abreviatura de Companhia de Bebidas das Américas, o "Compañía de Bebidas de las Américas") fue creada en 1999 a través de la fusión de las dos compañías cerveceras más grandes de Brasil, Antarctica (fundada en 1882) y Brahma (fundada en 1888).

En 2004 AmBev se fusiona con Interbrew y crean la compañía belgo-brasileña InBev, la transacción fue valorada en 11.500 millones de dólares y convirtió a la tercera (Interbrew) y quinta (Ambev) cerveceras más grandes en la primera cervecera el mundo. Por su lado Interbrew fue creada en 1987 a través de la fusión de las dos compañías más grandes de cerveza en Bélgica: Artois y Piedboeuf. La cervecería Artois, antes conocida como Den Hoorn, data su fundación tan atrás como el año de 1366.

El 18 de noviembre de 2008 se fusionaron InBev y la cervecera norteamericana Anheuser-Busch (fundada en 1860), creándose Anheuser-Busch InBev, la cervecera más grande del mundo y la quinta compañía más grande entre las compañías de productos consumo. Las participaciones de Anheuser-Busch fueron adquiridas por 70 dólares estadounidenses cada una, en efectivo, haciendo un total de 52.000 millones dólares.

Actualmente Anheuser-Busch InBev N.V./S.A. (abreviado como AB InBev) es una empresa multinacional belgo-brasileña, con sedes en Bélgica y en Brasil. Es la mayor fabricante mundial de cerveza, con unos 155.000 empleados que se reparten a lo largo de 25 países de todo el mundo y con una cuota del mercado mundial próxima al 25%. Cotiza en la bolsa de Bruselas Euronext (ABI)¹⁴ y también en la bolsa de Nueva York.

Entre las marcas de la empresa se encuentran Budweiser, Corona (coronita en España), Stella Artois, Beck's, Leffe, Hoegaarden, Bud Light, Skol, Brahma, Antarctica, Quilmes, Michelob Ultra, Harbin, Sedrin, Klinskoye, Sibirskaya Korona, Chernigivske, Hasseröder y Jupiler entre otras.

En octubre de 2015, ABInBev hizo una oferta para adquirir SABMiller, su rival y segunda cervecera por volumen en el mundo, la cual fue aceptada por un valor total de 106.000 millones de dólares, operación cerrada en octubre 2016.

SABMiller (South African Breweries - Miller) es una compañía Anglo-sudafricana que surgió por la fusión de South African Breweries, Miller Brewing en 2002 y Bavaria S.A. en 2005 incorporó a su porfolio marcas tales como Miller, Castle Lager, Carling Black Label, Pilsner Urquell, Ursus, Peroni Nastro Azzurro, Cerveza Atlas, Cerveza Balboa, Tyskie y Grolsch Premium Lager entre otras.

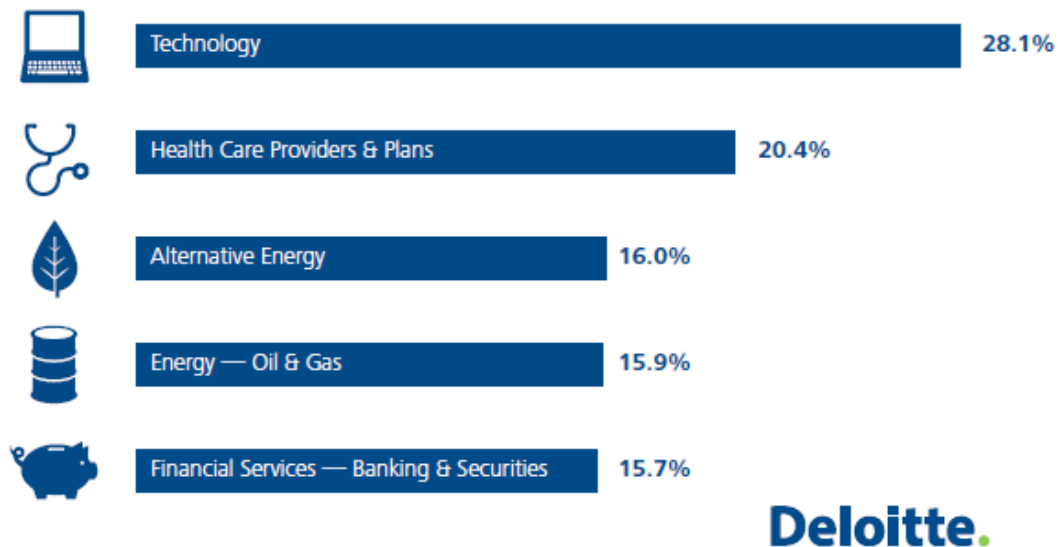


Cuadro resumen sobre ABInBev¹⁵

14.- BRUSELAS EURONEXT <https://www.euronext.com>, febrero 2017

15.- AB INBEV: <http://www.ab-inbev.com/>, febrero 2017

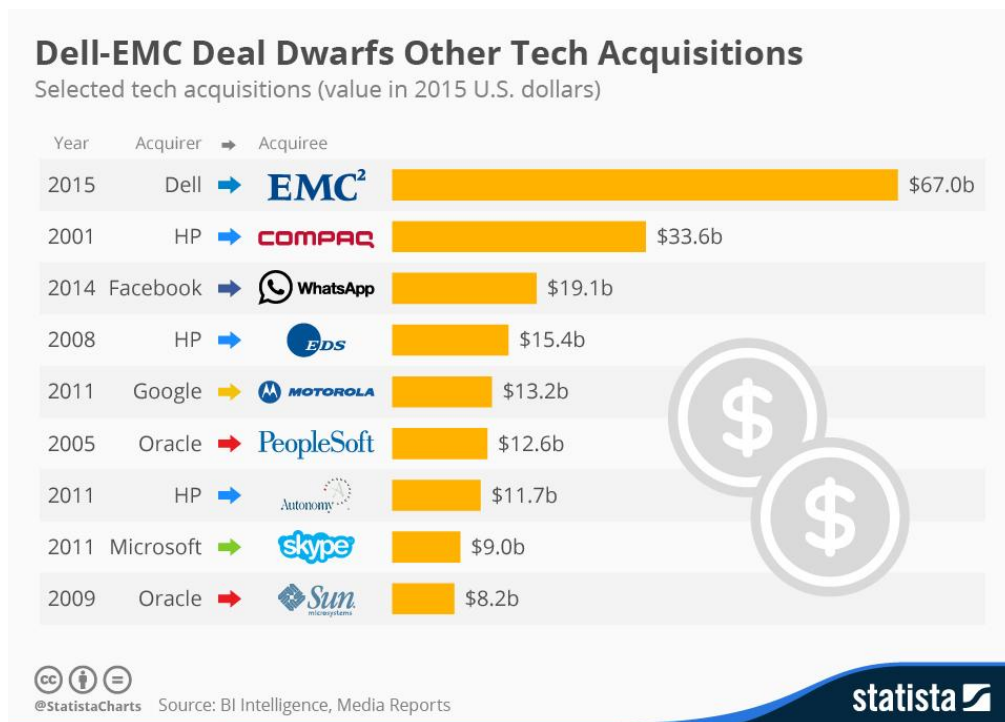
Como estamos viendo los países emergentes empiezan a jugar un papel importante en la sucesión empresarial, comprando empresas o parte de empresas del viejo continente o de multinacionales, pero no son las únicas regiones como veíamos es un fenómeno mundial, el cual se suele dividir por los sectores en que las empresas se encuentran. De esta forma una publicación de la empresa Deloitte en EE.UU. dividía las transacciones de M&A entre los siguientes sectores¹⁶:



Se puede observar que el 96% de las adquisiciones se producen en cinco sectores, y más de una cuarta parte ocurren en el sector de la tecnología, no se va a entrar en dar ejemplos de cada uno de los distintos sectores, pero si se aporta un cuadro donde se recogen las adquisiciones más relevantes en cuanto al valor económico en el sector tecnológico, en los últimos años para tratar de tener una referencia del mercado.

16.- DELOITTE: "M&A trends report 2015 - A comprehensive look at the M&A market", *Deloitte Development LLC* 2015

Adquisiciones seleccionadas por valor económico y partes involucradas en los últimos años¹⁷:



Únicamente apuntar que una de las empresas que sale en repetidas ocasiones en el cuadro superior es HP, Hewlett-Packard, que era una de las empresas estadounidenses con más solera en silicon valley, fabricaba y comercializaba hardware y software además de brindar servicios de asistencia relacionados con la informática. La compañía fue fundada en 1939 por William Hewlett y David Packard. El 6 de octubre de 2014, Hewlett-Packard anuncio su escisión en dos firmas que cotizarían de manera separada en el mercado de valores. El 1 de noviembre 2015 se hizo efectiva su división en dos empresas: HP Inc., dedicada a impresoras y a ordenadores personales, y Hewlett Packard Enterprise, dedicada a los servidores, equipos de almacenamiento y redes, programas de cómputo y servicios para terceras empresas. Estas compañías, así como el resto de las adquirientes y casi todas las adquiridas tienen presencia en España.

17.- STATISTA: <http://www.statista.com/>, 2015- basándose en información de BI Intelligence

Como se decía, un aspecto que influye de forma directa en estos tipos de negocios jurídicos es la globalización, cuando una empresa decide adquirir otra o decide prescindir de una parte de su negocio esto puede conllevar que las distintas empresas filiales en los distintos países queden afectadas. No obstante, en el cuadro adjuntado¹⁸ se puede observar ya en clave nacional como se ha comportado en los últimos años un sector tan importante como es el bancario.

Sector incluido entre los cinco que apuntaba Deloitte pero que cobra aún más relevancia en nuestro país dada la situación económica que se ha vivido, con los créditos NINJA (No Income, No Job nor Assets / sin ingresos, sin trabajo y sin posesiones) o subprime y los activos tóxicos, todo ello mezclado con la convivencia de bancos junto con cajas de ahorro y las exigencias desde Europa para poder acceder al crédito que concedió a España,

ESTADO EN 2007	ACTIVOS EN 2007	FUSIONES POSTERIORES	BANCO ACTUAL	TOTAL ACTIVOS 1er. SEMESTRE 2015
SANTANDER	912.915		SANTANDER	1.369.689
BBVA	502.204			
CAIXA CATALUNYA	68.201	CATALUNYA CAIXA	BBVA	651.802
CAIXA MANRESA	6.065			
CAIXA TARRAGONA	8.908			
CAIXA MANLLU	2.672			
CAIXA TERRASSA	11.239	UNNIM		
CAIXA SABADELL	13.548			
TOTAL	612.837			
LA CAIXA	248.496			
CAIXA GIRONA	7.619			
CAJA BURGOS	11.562	BANCA CÍVICA	CAIXABANK	366.794
CAJA NAVARRA	15.431			
CAJA CANARIAS	11.877			
CAJASOL	26.608			
CAJA GUADALAJARA	1.381			
BANKPYME	580			
BANCO DE VALENCIA	19.633			
BARCLAYS*	32.094			
TOTAL	375.281			
CAJA MADRID	158.855			
BANCAJA	99.585	BANKIA	BANKIA	243.359
CAJA DE ÁVILA	5.652			
CAIXA LAYETANA	8.903			
CAJA RIOJA	3.397			
CAJA SEGOVIA	5.761			
CAJA INSULAR DE CANARIAS	8.566			
TOTAL	290.917			
SABADELL	76.776			
GUIPUZCOANO	9.916	SABADELL	SABADELL	167.480
CAM	72.871			
BANCO GALLEGO	3.969			
CAIXA PENEDÉS**	21.604			
TOTAL	185.136			
POPULAR	107.169			
PASTOR	25.326	POPULAR	POPULAR	166.799
CITIBANK***	3.414			
TOTAL	135.909			
CAJA JAÉN	915			
CAJA DUERO	19.259	BANCO CEISS	UNICAJA	67.183
CAJA ESPAÑA	22.377			
UNICAJA	32.845			
TOTAL	75.396			
IBERCAJA	43.010			
CAJA BADAJOZ	4.064	GRUPO CAJA 3	IBERCAJA	62.692
CAJA CÍRCULO	4.973			
CAJA INMACULADA	10.079			
TOTAL	62.126			
BBK	29.099			
CAJA SUR	18.652	KUTXABANK	KUTXABANK	58.524
KUTXA	20.835			
CAJA VITAL	8.077			
TOTAL	76.663			
BANKINTER	49.649		BANKINTER	57.144
CAIXA GALICIA	47.726	NCG BANCO	ABANCA	53.253
CAIXANOVA	27.508			
BANCO ETCHEVERRÍA****	465			
TOTAL	75.699			
CAJA GRANADA	13.639			
SA NOSTRA	12.256	BMN	BMN	44.730
CAJA MURCIA	21.290			
TOTAL	47.185			
CAJA EXTREMADURA	6.629	LIBERBANK	LIBERBANK	42.355
CAJA CANTABRIA	9.703			
CAJASTUR	14.654			
CCM	24.548			
TOTAL	55.534			

(*) CaixaBank adquirió el negocio minorista de Barclays en España
 (**) Caixa Penedés entró inicialmente en BMN, pero después fue adquirida por Sabadell
 (***) Popular adquirió el negocio minorista y de tarjetas de Citi en España
 (****) Banco Etcheverría fue adquirido por Banesco, que después compró NCG Banco y fusionó todo en Abanca

Los datos de 2015 son al cierre del primer trimestre, según datos de balances consolidados de AEB y CECA

18- EXPANSIÓN, “La revolución de la banca, Julio 2015

<http://www.expansion.com/empresas/banca/2015/07/20/55a62aeb268e3eaa2a8b456e.html>

todo ello llevó a cabo lo que el periódico Expansión denominó como “la revolución de la banca”, donde han acontecido en los últimos años numerosas fusiones, esto además de externalizaciones de servicios, venta de sucursales y otras medidas laborales que en ocasiones se suelen tomar en este tipo de situaciones, como despidos o prejubilaciones.

1.2.- Mercado cambiante

Como se ha podido observar en las últimas décadas se han incrementado notablemente los negocios jurídicos que pueden suponer una sucesión empresarial. Esta evolución junto con un mercado cambiante por las nuevas tecnologías y nuevos negocios que ya son una realidad en el presente, hace que las empresas tengan que estar más abiertas a un cambio o a una potencial especialización y sea más compleja la estructura empresarial o incluso la dedicación de la misma, ejemplo de cómo solo la digitalización está cambiando el mercado y creando nuevos tipos de empresas¹⁹:

- La compañía de taxi más grande del mundo no tiene ningún taxi (Uber).
- El mayor proveedor mundial de alojamientos no tiene inmuebles (Airbnb).
- Las mayores compañías de teléfono a nivel mundial no tienen infraestructura telefónica (Skype y WeChat).
- El minorista mundial de mayor valor económico no tiene existencias (Alibaba).
- El banco que más crece del mundo no maneja dinero físico (Societyone).
- El mayor exhibidor mundial de películas no tiene ningún cine (Netflix).
- Los mayores proveedores de software del mundo no crean sus "apps"/aplicaciones (Apple & Google).

19.- IBM: <http://ibmglobaleentrepreneur.com/@ibmGE> (en lengua inglesa), febrero 2016

El caso de Uber, es un ejemplo de este tipo de negocios al que los Estados miembros tienen que encontrar encaje, por un lado, para saber en qué consiste el negocio en sí, en este sentido habrá que estar, por ejemplo, a la resolución del Asunto C-434/15²⁰, en el que entre las peticiones de decisión prejudicial está incluida el saber si se el negocio de Uber se puede considerar un negocio de transporte o de telecomunicaciones. Por otro lado, para definir cuál es la relación laboral que se da en dicho modelo de negocio, de esta forma en el Reino Unido se entiende que los conductores son trabajadores a cuenta de Uber, mientras en Suiza se les considera autónomos. En definitiva, son tipos de negocios que se basan en las nuevas tecnologías y que en un futuro cercano se verán igualmente impactados por las sucesiones de empresa, afectando a las potenciales relaciones laborales existentes²¹.

Uber es una de las empresas que están contribuyendo a la denominada “gig economy” que se podría definir como un de trabajo caracterizado por la prevalencia de contratos de trabajo a corto plazo o por el trabajo autónomo, en contraposición con los empleos permanentes²².

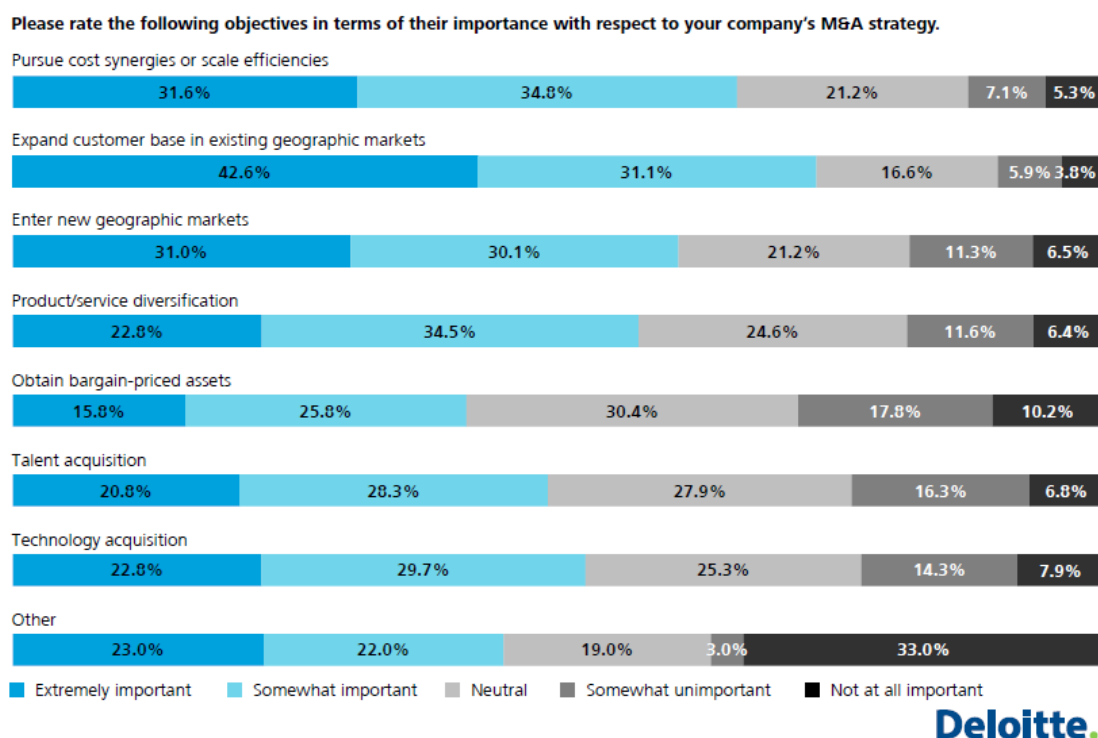
20.- Asunto C-434/15: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, el 7 de agosto de 2015 – Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain, S.L.

21.- DAFYDD, L.: “Uber drivers win first round in employment status dispute”, *International Law Office*, noviembre 2016: En el Reino Unido, la jurisdicción laboral ha determinado que los conductores no eran trabajadores autónomos, sino trabajadores a cuenta ajena. No se estuvo de acuerdo con la tesis de Uber sobre que su negocio es únicamente una plataforma tecnológica, en lugar de un negocio de taxis, facilitando la conexión de los conductores autónomos con los clientes a través de la aplicación. Sobre los hechos, el tribunal consideró que esto no reflejaba la realidad práctica. En su lugar, el tribunal consideró que los conductores se comprometían a prestar personalmente un trabajo en virtud de un contrato para Uber y, por lo tanto, cayeron directamente en la definición de «trabajador» en la Employment Rights Act 1996 (y el tiempo de trabajo y la legislación nacional sobre el salario mínimo). En opinión del tribunal, los conductores estaban trabajando para Uber cuando la aplicación estaba encendida, estaban dentro del territorio de trabajo en el que tenían licencia para usar la aplicación y estaban dispuestos a aceptar asignaciones. Se trae a suiza a colación ya que, a pesar de no ser un Estado miembro, el ordenamiento jurídico local está posicionándose sobre este tipo de compañías. Thomas Rihm: Uber drivers should be considered entrepreneurs, not employees, *International Law Office*, enero 2017.

22.- WILSON, B.: “What is the 'gig' economy?”, *BBC*, <http://www.bbc.com/news/business-38930048>

1.3.- Motivos para la transmisión de una empresa o parte de empresa

En cuanto a adquisiciones, Deloitte en la encuesta que llevó a cabo, preguntó a las empresas por los motivos por los que se embarcarían en una adquisición²³:



Como podemos observar el motivo más relevante resultó ser ampliar la cartera de clientes en otros mercados geográficos (42,6%), teniendo igualmente alta relevancia el conseguir ahorros a través de sinergias y eficiencia de escalas (31,6%), entrar en nuevos mercados geográficos (31%), empatados quedaron los motivos de diversificación de productos & servicios y el adquirir tecnología (20,8%), con un porcentaje menor quedo el encontrar gangas y otros motivos.

23.- DELOITTE: "M&A trends report 2015..." *op. ult. Cit*

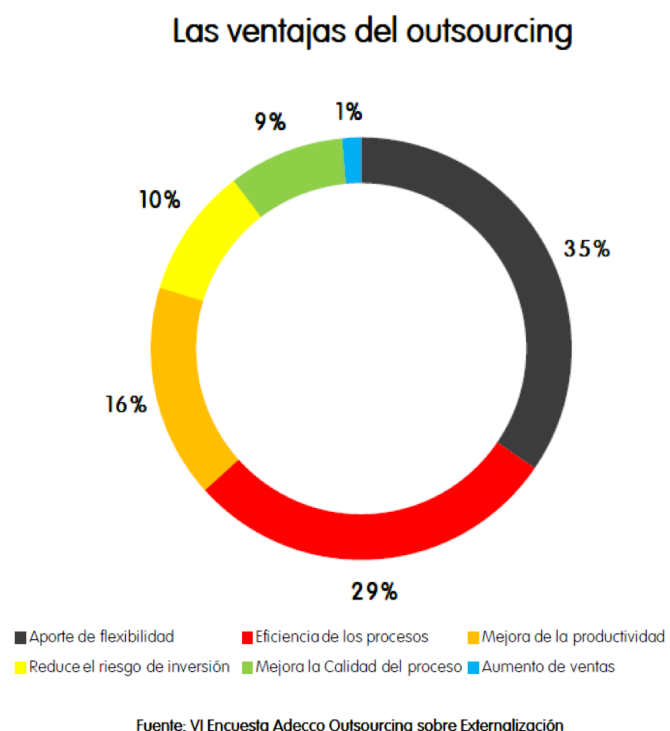
En cuanto a las externalizaciones, se toma como referencia la VI Encuesta Adecco outsourcing sobre externalización²⁴, donde se mantiene que el outsourcing se está consolidando como una potente herramienta para optimizar los modelos productivos actuales, incluido para algunas áreas de una gran parte de las PYMES de nuestro país, especialmente en el ámbito de las tecnologías de la información, y que se ha extendido en los últimos años a funciones de mayor valor añadido, como pueden ser los procesos logísticos, los servicios de atención al cliente, los procesos de carácter administrativo, de soporte a las operaciones, y más recientemente, la externalización en el área de ventas.

Tanto es así, que el 64,6% de las empresas consultadas (6.000) en dicha encuesta, piensa que a lo largo del año aumentará el uso del outsourcing.

Los procesos más susceptibles de externalizarse son: el telemarketing, la promoción comercial, la fuerza de ventas, los procesos de limpieza y seguridad; de recepción y control de accesos, grabación de datos, prevención de riesgos laborales,

servicios de traducción, servicios logísticos, los servicios auxiliares a la industria, los procesos de IT y los servicios de Business Process Outsourcing.

Como se puede observar en la gráfica adjuntada los motivos de flexibilidad, eficiencia y productividad abarcan un 80% del total, las empresas usan la externalización para poder centrarse en su actividad principal, dejando a un tercero especializado en otras materias que se encargue de otros asuntos, más



24.- ADECCO OUTSOURCING: "VI Encuesta Adecco Outsourcing sobre Externalización", Adecco, 2015

administrativos, más técnicos, evitándose los problemas estructurales y de anquilosamiento. Se pasa de tener que dotar, formar y gestionar al detalle una labor a ser un cliente de un proveedor al que se le puede exigir que este al día, provea soluciones y flexibilidad, por eso lo importante en estas decisiones no solo es el ahorro de coste del que muchas veces se habla, y en vez de buscar un proveedor que resulte barato conviene dar con uno que aporte garantías y la relación sea más de socio que de simple cliente.

La doctrina se va haciendo eco de estas realidades, como podemos observar en el repaso histórico que lleva a cabo algún autor, manteniendo que desde el final de la segunda guerra mundial hasta 1973 el sistema de la gran empresa y de la producción en masa se generaliza y se expande. En Europa occidental, Estados Unidos y Japón el número y tamaño de las grandes empresas aumenta, al igual que su participación en el producto y en el empleo total mientras que se observa una tendencia descendente en las pequeñas y medianas empresas.²⁵

Pero, a partir de 1973, el proceso se invierte como consecuencia del impacto de la crisis energética, la caída de la productividad y el alza de salarios, a lo que luego se añadirían los efectos más profundos y permanentes de la globalización y de la innovación tecnológica, aparte de la influencia de otros modelos más eficientes.

En expresiva síntesis se ha dicho que el gran tamaño, lejos de ser una ventaja, se convirtió en símbolo de inflexibilidad y las 100 principales compañías que representaban el 1974 el 35,8 por cien del PIB de EE.UU., en 1998 habían bajado al 18 por 100, de forma que en el 2000 se había roto en pedazos la idea básica de la gran empresa: una institución formada por múltiples divisiones y jerarquizada, que ofrecía a sus empleados un puesto vitalicio.

La crisis de la gran empresa también se ha vinculado con la rigidez: una rigidez que se proyecta en varios planos: 1) rigidez en la capacidad de adaptación a un mercado que se ha hecho mucho más variable que en la época de la producción en masa y que

25.- DESDENTADO DAROCA, E: *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. Lex Nova, Valladolid 2006 y VALDALISO, J. L., & LOPEZ, S. S: *Historia Económica de la empresa*. Barcelona, 2002.

impone un sistema de producción flexible. 2) rigidez organizativa, que afecta a la capacidad para la adopción rápida de las decisiones y la circulación de la información en el marco de unas estructuras burocratizadas: 3) rigidez patrimonial, por la necesidad de movilizar medios de producción muy costosos y por tanto difíciles de adaptar a los cambios de la demanda; y 4) rigidez laboral y salarial, en especial en lo que se refiere al ajuste de plantillas y a la adaptación de los salarios a las cualificaciones.²⁶

La solución a la crisis de la gran empresa es doble: la reducción del tamaño empresarial (la producción escueta, el adelgazamiento o “down sizing”) y la empresa red. Nace la “empresa minimalista” o la “empresa hueca” que se ha vinculado a la finalidad básica de ahorrar en la mano de obra, mediante una combinación de automatización, control informatizado de los trabajadores y subcontratación. En todo caso, es la coordinación la que crea la posibilidad de un tamaño reducido. Por otra parte, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han permitido ese salto a un coste muy reducido. Los ejemplos de Benetton, Nike o IKEA, son ilustrativos de una empresa que crece extraordinariamente a través de una red.²⁷

Pero frente a la tendencia de las generalizaciones en algunos casos excesivas, hay que precisar algunos puntos. En primer lugar, es conveniente aclarar que no se trata de la desaparición de la gran empresa, sino de la crisis de su modelo de organización tradicional basado en integración vertical y en la gestión funcional jerárquica.

26.- RECIO, A.: “Empresa red y relaciones laborales”, en AA.VV. *Capitalismo, desigualdades y degradación ambiental. VII jornadas de economía crítica*, Icaria, Barcelona 2001. LOPEZ ANIORTE, M^a. C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*. Laborum, Murcia, 2003; y DE VAL TENA. A.L.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales en el outsourcing*. Aranzadi, 2004.

27.- REICH, R.B.: *El trabajo de las naciones*, Vergara, Madrid 1993; RIFKIN, J.: *la era del acceso*, Paidós, Barcelona 2000; CASTELLS, M.: *La era de la información. Economía, cultura y sociedad*. Siglo XXI editores, 2004. y PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Filiación, grupos de empresa” en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

En segundo lugar, la crisis no afecta solo a la gran empresa, sino también a las empresas de tamaño medio, que experimentan igualmente la necesidad de coordinación y las exigencias de descentralización, como muestran los datos sobre la estructura empresarial española. En tercer lugar, reducción y red no son opciones incompatibles, sino en gran medida complementarias, pues la reducción del tamaño empresarial a través de la descentralización se conecta con la constitución de redes en sentido vertical y horizontal. Lo que se está produciendo es más bien, una concentración descentralizada a través de un doble movimiento que consiste en reducir el tamaño para compensar simultáneamente esa reducción con lazos externos de coordinación variables en sentido vertical y horizontal.

Algún autor resalta la necesidad de las empresas a adaptar su dinámica al nuevo contexto económico, más inestable y competitivo, que viene impulsado, con cada vez mayor frecuencia, a las empresas a adoptar estrategias de segmentación de los procesos de producción, dirigidas a obtener ventajas competitivas por la vía de la concentración de su labor en aquellos cometidos o funciones que constituyen el núcleo de su actividad y la consecuente externalización de todas las demás mediante el recurso a empresas subcontratistas o trabajadores autónomos.²⁸

2.- CONTEXTO PRESENTE Y FUTURO DE LA UNIÓN EUROPEA

Durante 2017 se cumplen 60 años de la firma de los Tratados de Roma, el de la Comunidad Económica Europea (CEE) y el de EURATOM, que se firmaron el 25 de marzo de 1957. El primero de ellos supuso un antes y un después en el camino a la integración europea, ya que se introdujo la cooperación económica entre los países miembros con la CEE. Por su lado en 2015, se cumplieron 30 años desde la firma del Tratado de Adhesión de España a las entonces Comunidades Europeas.

28.- SANGUINETI RAYMON, W.: "La deconstrucción del derecho del trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿Un devenir inevitable?" *RL* núm. 23, 2004.

Estos años se cuentan entre los de mayor bienestar, progreso y modernidad de España. No solo desde un punto de vista del comercio, donde ser parte de la Unión Europea es crítico ya que es la primera potencia comercial del mundo con el 16.5% de las importaciones y exportaciones mundiales (El libre comercio entre sus Estados miembros es uno de los principios en los que se basa).²⁹ Sino también desde un punto de vista jurídico, lo que es más relevante para el presente estudio. Más de la mitad de las normas jurídicas que se implantan en nuestro país vienen de Bruselas, donde se desarrolla además una buena parte de la actividad de los miembros de cualquier gobierno de los veintiocho, tal y como resalta algún autor.³⁰

Desde la incorporación de España a la Unión Europea, hemos estado en la vanguardia de las reformas durante estos treinta años, demostrando que España es un socio leal con el proyecto político europeo. Así se mantiene, por parte de alguna autora, que la UE ha hecho algo mejor a nuestro Derecho, a nuestros abogados y jueces, a nuestras Administraciones. Les ha empujado a competir, a compararse, a sentir autoestima y a un claro abandono de tópicos.³¹

La apertura de los jueces y Tribunales españoles a la justicia europea se constata con las 390 cuestiones prejudiciales planteadas entre 1986 y 2015, de las cuales corresponden 1 al Tribunal Constitucional, 61 al Tribunal Supremo y 328 al resto de órganos jurisdiccionales y similares. Además de la abundante cantidad de cuestiones prejudiciales españolas, lo realmente positivo es la calidad de las mismas. En ocasiones han planteado grandes cuestiones que, junto al valor interpretativo de la jurisprudencia del TJUE, han tenido inmediata repercusión en cientos de litigios en otros Estados miembros.

29.- La Unión Europea en su página web. Febrero 2017. https://europa.eu/european-union/topics/trade_es

30.- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Especial 1986-2016 30 años de España en la Unión Europea.. y en eso llegó el Brexit" *La Ley*, septiembre 2016.

31.- MANGAS MARTÍN, A.: "El Derecho español ¿sin Unión Europea?" en 30 años de España en la Unión Europea, *La Ley*, 2016

Sin el Derecho de la UE, el escenario jurídico español hubiera tenido muchas debilidades y carencias que sufriría la ciudadanía. Los innumerables procedimientos de infracción abiertos contra España por la Comisión en esas y otras muchas materias o las infracciones constatadas por el TJUE delatan que, gracias al Derecho de la UE, los políticos y las Administraciones públicas carecen de impunidad y, por tanto, que nuestro ordenamiento jurídico no habría sido de más calidad si estuviéramos fuera de la UE, ni los particulares hubieran tenido la garantía de la protección del TJUE en casos bien notorios, que tienen valor de precedentes.

En definitiva, España ha sido, durante buena parte de estos treinta años, un país comprometido con la idea europea y una sociedad claramente partidaria del proceso de integración. Desde el punto de vista jurídico, la incidencia del Derecho europeo es algo asumido e impregna de forma natural tanto la práctica jurídica como la enseñanza del Derecho. En muchos ámbitos ha supuesto una mejora de la calidad de las normas, aunque ha introducido indudablemente elementos de complejidad y dificultades de adaptación.³²

Por todo ello, resulta interesante analizar el desafío al que actualmente se enfrenta la Unión Europea, cual máxima expresión se ha encarnado en el Brexit, observar cómo pueden afectar los distintos posibles escenarios de la retirada del Reino Unido a la regulación de la sucesión de empresa en dicho Estado y las propuestas para el futuro de la Unión.

32.- SÁNCHEZ LORENZO, S.: “España y Europa, treinta años para una nueva mentalidad jurídica” en 30 años de España en la Unión Europea, *La Ley*, 2016

2.1.- Desafío comunitario, Brexit y sucesión empresarial

En los últimos tiempos se han venido escuchando voces críticas sobre el concepto de la Unión Europea, su burocracia, así como distintas políticas controvertidas, como la económica o la de inmigración. El punto de inflexión lo ha marcado el Reino Unido quien, por ahora, sigue siendo miembro de la Unión Europea a pesar del referéndum del 26 de junio de 2016, sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea, en la que salió vencedora la posición del “Brexit”, que viene de “Britain – exit”. Dicha salida se debe materializar a través del artículo 50 del Tratado de la Unión Europea³³ el cual prevé un mecanismo para la retirada voluntaria y unilateral de un país, de la Unión Europea.

No obstante, antes de poder proceder de acuerdo con el artículo 50 de dicho Tratado, la iniciativa del Brexit tiene que cumplir los procedimientos internos del Reino Unido necesarios para poder acatar la decisión popular. A pesar del referéndum por el que el 52% de los británicos votaron a favor de salir de la UE y que desencadenó la dimisión del primer ministro británico, este paso, desde un punto de vista procedimental no fue más que una consulta al pueblo a pesar de estar secundado por el actual gobierno británico. De hecho, el Tribunal Superior de Londres revisó la demanda presentada por el colectivo liderado por la empresaria Miller³⁴, dictaminando que el gobierno no puede por sí mismo activar el artículo 50 del Tratado de Lisboa, teniendo que pasar previamente por las deliberaciones y la decisión del parlamento británico, lo que llevó a la prensa sensacionalista a calificar a los tres magistrados de dicho Tribunal como “enemigos del pueblo”³⁵.

33- Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la UE 2012/C 326/01.

34.- MILLER, G: The guardian, 3 de noviembre 2016:
<https://www.theguardian.com/politics/2016/nov/03/high-court-brexit-ruling-what-does-it-all-mean>

35.- DAILY MAIL, 3 de noviembre 2016: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3903436/Enemies-people-Fury-touch-judges-defied-17-4m-Brexit-voters-trigger-constitutional-crisis.html> y The independent, 4 de noviembre de 2016:
<http://www.independent.co.uk/voices/brexit-daily-mail-pro-brexit-newspapers-tabloids-enemies-of-the-people-high-court-ruling-lost-touch-a7397251.html>

El 24 de enero de 2017, los 11 jueces del Supremo pusieron fin a la disputa legal alegando que el Gobierno está obligado someter el Brexit a un voto en Westminster. El presidente del Tribunal, David Neuberger, recalcó que, aunque el Gobierno tiene la facultad de ejercer la "prerrogativa real" para cambiar tratados internacionales, en este caso la salida de la UE afecta a "los derechos de los británicos", y por esa razón está obligado a contar con la aprobación parlamentaria.³⁶

Un Estado miembro de la UE que desee retirarse de la Unión, deberá notificar su intención al Consejo Europeo, que proporcionará las directrices para la celebración del acuerdo que establezca las disposiciones necesarias para la salida de la Unión. El Consejo celebrará dicho acuerdo, por mayoría cualificada, en nombre de la UE, previa aprobación del Parlamento Europeo.

Los Tratados dejan de aplicarse al Estado miembro que realiza la solicitud, desde la entrada en vigor del acuerdo o, a más tardar, dos años, después de la notificación de la salida. El Consejo puede decidir prorrogar dicho período.

De esta forma el 29 de marzo el Reino Unido inició los trámites para salir de la Unión Europea. El representante permanente de Reino Unido ante la UE, Sir Tim Barrow entregó en mano al presidente del Consejo Europeo, Donald Tusk, la carta firmada por la primera ministra británica, Theresa May con dicha solicitud.

La pregunta por tanto que puede plantearse es, si en caso de materializarse finalmente la retirada del Reino Unido de la UE, qué implicaciones habría de cara a la legislación local, conocida como TUPE³⁷, que cubre los aspectos de la Directiva 2001/23. En el siguiente cuadro se resumen³⁸ las distintas potenciales opciones para el Reino Unido en caso de seguir queriendo llegar a acuerdos con la Unión Europea y la valoración del impacto:

36.- FRESNEDA, C. En El mundo :

<http://www.elmundo.es/internacional/2017/01/24/5887218446163fc5288b4626.html>

37.- TUPE - Transfer of Undertakings (Protection of Employment)" Transferencia de empresas – protección de empleo.

38.- Tabla basada en el estudio titulado "BREXIT What it means for your business" publicado por el despacho de abogados Baker & McKenzie LLP de 2016.

Potenciales escenarios para el Reino Unido una vez se materialice el Brexit	Breve descripción del potencial impacto	Valoración del impacto
1.- MODELO NORUEGO El Reino Unido abandona la UE pero se queda en la European Economic Area (EEA) y el European Free Trade Association (EFTA)	Si el Reino Unido se mantuviese dentro del Espacio Económico Europeo y de la Asociación Europea de Libre Comercio significaría que de acuerdo al art 102 del EEA Treaty o acuerdo del Espacio Económico Europeo la Directiva todavía sería de aplicación no siendo viable la derogación de la legislación conocida como TUPE - Transfer of Undertakings (Protection of Employment)	Bajo
2.- MODELO TURCO Sería un acuerdo de aduanas, por el que podría exportar a la UE estableciéndose un arancel externo común en torno a la UE y el Reino Unido.	Técnicamente el Reino Unido podría modificar la legislación laboral como quisiera no obstante habría restricciones políticas y pragmáticas ante las posibles modificaciones	Medio
3.- MODELO SUIZO Acuerdos bilaterales entre la UE y el Reino Unido Esto implicaría negociar acuerdos individuales sector por sector con la UE y los acuerdos de libre comercio con los países de la AELC. Suiza tiene alrededor de 130 acuerdos bilaterales por separado con la UE.	La derogación de la Ley de las Comunidades Europeas de 1972 ("ECA") tendría el efecto de revocar automáticamente esas regulaciones en virtud de la misma (incluyendo TUPE), al menos que se mantuviesen de forma efectiva y continuasen en vigor. Sin embargo, la UE, por un posible temor a que el estándar laboral bajase en el Reino Unido y pueda impactar a otros Estados de la UE, es probable que requieran la re-adopción de ciertas normas como condición de cualquier acuerdo bilateral. Si la UE incluye específicamente el restablecimiento de la TUPE como condición, será objeto de negociaciones entre las partes. Sin embargo, el Reino Unido puede encontrarse en una posición de negociación más fuerte que Suiza (quien ha adoptado este régimen en su mayoría) y, como tal, se podría esperar un cierto cambio, por ejemplo, que el Gobierno considerase la eliminación de ciertas disposiciones consideradas excesivamente restrictivas, tales como los que establecen cambios en los términos y condiciones.	Medio
4.- MODELO TRATADO DE LIBRE COMERCIO Consistiría en un acuerdo comercial regional o bilateral para ampliar el mercado de bienes y servicios entre los países participantes de los diferentes continentes o básicamente en todo el mundo. Esto consiste en la eliminación o rebaja sustancial de los aranceles para los bienes entre las partes, y acuerdos en materia de servicios. Este acuerdo se rige por las reglas de la OMC o por mutuo acuerdo entre los países	Este modelo implica incertidumbre y no está claro cómo se distinguiría este modelo de los otros modelos recogidos en el presente cuadro. Asumiendo que el Reino Unido negociaría acuerdos independientes de libre comercio con países miembros de la UE o con el conjunto de la UE la posición sería muy parecida al modelo 3, el suizo, es decir que podría modificar la legislación laboral no obstante esta puede ser parte de las negociaciones ya que la legislación laboral del Reino Unido podría impactar el mercado de trabajo de los Estados miembros de la UE	Medio

<p>5.- MODELO WTO World Trade Organization Organización Mundial del Comercio La OMC administra unos 160 acuerdos.</p> <p>El sistema organizado en la OMC impone a todos sus miembros la adhesión a la totalidad de sus Acuerdos, y los países no pueden optar por aceptar solamente algunos.</p>	<p>La derogación de la ECA tendría el efecto de la derogación de forma automática de TUPE, a menos que se continuase de forma efectiva. No obstante, la potencial legislación que sustituyese a la TUPE se cree que no sería muy diferente, ya que, a pesar de su impopularidad, las empresas británicas están familiarizados con la legislación y muchos contratos comerciales se basan en ella. El Gobierno puede, sin embargo, considerar el derogar algunas disposiciones excesivamente restrictivas, por ejemplo, los relacionados con el cambio de los términos y condiciones</p>	<p>Medio</p>
---	---	--------------

Hay autores británicos cuyas posiciones secundan esta visión, mantienen que, aunque la normativa TUPE tiene mala prensa, el principio de que los empleados deben ser incluidos en la transmisión, cuando un negocio cambia de manos o es contratado, a menudo es útil para las empresas, de hecho, se incorpora y se tiene presente en los acuerdos comerciales de outsourcing o externalización. Por esta razón, aunque algunas empresas quisieran deshacerse de la normativa TUPE, opinan que no ocurrirá, siendo más probable que el gobierno británico haga algunos pequeños cambios, como permitir la armonización de los términos después de una sucesión³⁹.

Nos encontramos ante una situación donde la incertidumbre es el aspecto que marca cualquier potencial solución, ya que las mismas negociaciones se verán afectadas por el histórico de la relación entre el Reino Unido y la Unión Europea y por los antecedentes que esta situación pueda crear.

Por un lado, esta la UE la cual ya ha manifestado a través de su presidente Jean-Claude Juncker⁴⁰ que la salida del Reino Unido “no va a ser un divorcio amistoso”.

39.- DAVIES, J. Y BURD. M.: “What does Brexit mean for UK employment law?” *International Law Office*, febrero 2017.

40.- JUNCKER, JC: Ecobolsa, 25 de junio de 2016: <http://www.ecobolsa.com/noticia/economia--juncker-advierte-que-el-divorcio-con-reino-unido-no-es-amistoso.html> y JUNCKER, JC: El mundo, junio 2016: http://videos.elmundo.es/v/0_36o3d968-juncker-advierte-que-el-brexit-no-va-a-ser-un-divorcio-amistoso?count=0

Es la primera vez que un Estado miembro plantea la salida de la Unión y aunque a ambas partes en principio les convendría llevar esta situación a buen término, no hay que olvidar que, si el resto de los Estados miembros o una buena parte de ellos hiciese lo mismo, la Unión Europea en sí correría peligro de dejar de existir, por lo menos tal y como la conocemos hoy en día.

Por otra parte, se encuentra el efecto “contagio” que ya tiene representantes en distintos Estados miembros. La líder del Frente Nacional, Marine Le Pen⁴¹, fue la más rápida tras el referéndum del Brexit, pidiendo de nuevo un referéndum para Francia: “¡Victoria de la libertad! Como pido desde hace años, hace falta ahora el mismo referéndum en Francia y en el resto de países de la UE”, señaló en su cuenta de Twitter. El líder de la derecha holandesa, Geert Wilders⁴¹, se pronunció en términos casi idénticos, solicitando un referéndum para Holanda. “Hurra por los británicos. Ahora nos toca a nosotros, es momento para el referéndum holandés”, mientras felicitaba al rostro más popular del Ukip, Nigel Farage.

Matteo Salvini⁴², eurodiputado italiano, secretario general de la Lega Nord y único aspirante a líder del partido, se pronunció en la misma línea: “Bravo por el coraje de los ciudadanos libres. Corazón, cabeza y orgullo se imponen a las amenazas. Gracias Reino Unido, ahora nos toca a nosotros”.

La formación populista de derechas Alternativa para Alemania (AfD) culpó a la canciller Angela Merkel y a su política de puertas abiertas a los refugiados del triunfo del Brexit, al tiempo que algunos de sus dirigentes ya han abogado abiertamente por la celebración de un referéndum de las mismas características en Alemania, pese a que la ley fundamental alemana no contempla ese tipo de consulta popular. “Los británicos han tenido la oportunidad de pronunciarse, nosotros no. Es tiempo de

41.- LE PEN, M. y WILDERS, G.: *El mundo* 24 de junio de 2016:

<http://www.elmundo.es/internacional/2016/06/24/576cccacca4741f7408b4600.html>

42.- SALVINI, M.: *El confidencial*, 24 de junio de 2016:

http://www.elconfidencial.com/mundo/2016-06-24/brexit-referendum-reino-unido-le-pen-cameron-juncker-farage_1222283/

cambiar. Queremos referendum", publicaba desde su portal de Facebook, Joerg Meuthen⁴³, uno de los líderes de AfD.

A favor de un referéndum también se han manifestado, el nacionalista Partido Popular Danés (DF) y la coalición de extrema de izquierda Lista de Unidad. El líder del DF, Kristian Thulesen Dah⁴⁴, era partidario de que el Reino Unido permaneciese en la UE, pero considera probable que los británicos alcancen en el futuro un acuerdo con Bruselas que suponga "un término medio entre la pertenencia completa y el tratado de cooperación que actualmente tiene Noruega."

Suecia, Austria, Finlandia, así como países del este como Polonia, República Checa, Hungría y Eslovaquia igualmente cuentan con voces que también piden revisar los acuerdos con Europa basado en el auge del nacionalismo durante los últimos años. Uno de los ejes principales del choque entre estos países y la ideología dominante en Bruselas ha sido la política migratoria. En concreto, las medidas para la acogida de refugiados de Oriente Medio⁴⁵.

43.- MEUTHEN, J.: *El mundo* 24 de junio de 2016:

<http://www.elmundo.es/internacional/2016/06/24/576cccacca4741f7408b4600.html>

44.- THULESEN DAHL, K.: *El mundo* 24 de junio de 2016:

<http://www.elmundo.es/internacional/2016/06/24/576d0e76e5fdea4f4b8b4626.html>

45.- SAVAGE, M.: "EU referendum: Could Brexit lead to Sweden 'Swexit'?" *BBC news*, Londres, junio de 2016: <http://www.bbc.com/news/uk-politics-eu-referendum-36548114>; OWEN, J.: "END OF THE EU? Germany warns FIVE more countries could leave Europe after Brexit", *Express*, Londres 26 de junio de 2016: <http://www.express.co.uk/news/world/683224/END-OF-THE-EU-Germany-France-Austria-Hungary-Finland-Netherlands-Europe-Brexit>; LLINARES, J.: "El Brexit mete a Polonia en el quinteto de países con más poder en Bruselas", *El economista*, 11 de julio de 2016: <http://www.eleconomista.es/economia/noticias/7696052/07/16/El-Brexit-mete-a-Polonia-en-el-quinteto-de-paises-con-mas-poder-en-Bruselas.html>; SQUIERS, N.: *The telegraph*, 25 de junio de 2016: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/06/25/european-leaders-fear-brexit-vote-could-herald-eu-collapse-unles/>; Periódico ABC: "¿Qué país podría ser el próximo Brexit?" *ABC*, 24 de junio de 2016: http://www.abc.es/internacional/abci-pais-podria-proximo-brexit-201606241210_noticia.html

Por otro lado, está el mismo Reino Unido donde se entiende que la victoria del Brexit frente al “Brexit” (Britain to remain in EU) se basó principalmente en temas de la inmigración y la libertad de movimiento de trabajadores y personas dentro de la Unión Europea que impacta tanto al trabajo como a refugiados junto con los temas de seguridad y posibles amenazas terroristas⁴⁶. Lo que hace que disminuyan las opciones de posibles acuerdos como el de Noruega, donde la libertad de movimientos de bienes, servicios y capital, va de la mano de la libertad de movimientos de personas entre Noruega y la UE.

Otro Estado miembro igualmente citado en numerosas ocasiones es Grecia, que no se puede calificar como efecto contagio del Brexit ya que fueron los pioneros en plantear la posibilidad de deshacer el camino comunitario andado hasta la fecha, de hecho la denominación del término Brexit se basó en el Grexit que venía a identificar la salida de Grecia de la eurozona para volver a la dracma, proviene de la palabra compuesta inglesa Greece (Grecia) y exit (salida) y fue utilizado por primera vez el 6 de febrero de 2012 por Willem Buiter⁴⁷ y H. Ebrahim⁴⁸ analistas del Citigroup.⁴⁹

46.- VENTURA, B.: “Diez ideas para entender por qué ha ganado el Brexit y qué pasará ahora”

Eleconomista, 24 de junio de 2016:

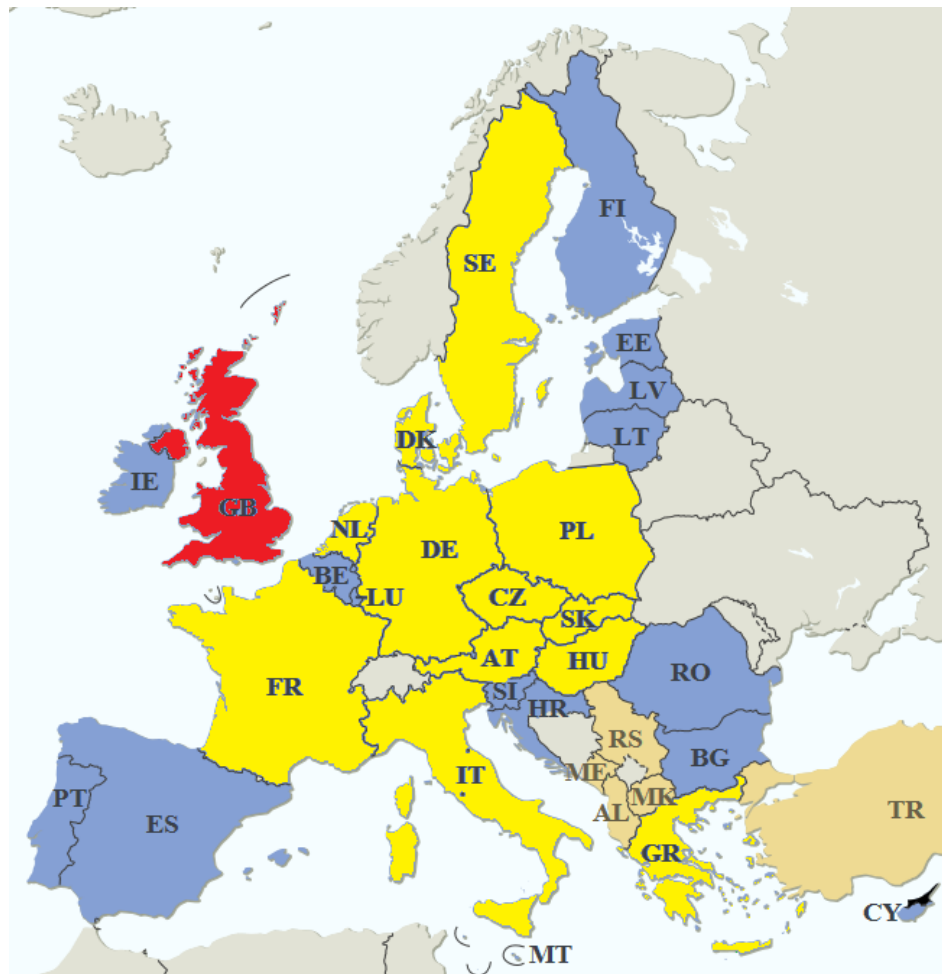
<http://www.eleconomista.es/economia/noticias/7660144/06/16/Diez-ideas-para-entender-por-que-ha-ganado-el-brexit-y-que-pasara-ahora-.html>; OLIVER, T.: “Preparations for a Brexit V: views from Belgium, Hungary, Latvia, Slovakia, and Sweden”, *London School of Economics*, 14 de junio de 2016; CASTEDO, A. “Cómo el Brexit puede afectar a millones de europeos que viven y trabajan en Reino Unido”, BBC Mundo, 24 de junio de 2016: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-36533570>

47.- BUITER, W. : “Greek impasse raise fears of 'Grexit'.” *The Guardian*, 7 de febrero de 2012.

48.- EBRAHIM, R.: “Grexit – What does Grexit mean?”. *Gogreece.about.com*. 10 de abril de 2012.

49.- BUITER, W., EBRAHIM, R.: “Rising Risks of Greek Euro Area Exit”. *Citigroup*. 6 de febrero de 2012

En el siguiente cuadro podemos ver un resumen de las situaciones de los Estados miembros⁵⁰:



- Rojo: Estado miembro que cuenta con un plan para salir de la UE.
- Amarillo: Estados miembros donde ya hay movimientos para pedir un referéndum sobre la permanencia en la UE y donde hay partidos políticos, con mayor o menor peso, pero con entidad sólida que están pidiendo el referéndum o directamente salir de la UE.
- Azul: Estados miembros donde por ahora no hay un movimiento fuerte sobre la salida de la UE o voces relevantes solicitando un referéndum.
- Crema: países candidatos a entrar en la UE.
- Gris: países no miembros de la UE.

50.- Dulanto, R. 2017

2.2.- Futuro de la Unión

El resultado del referéndum británico ha supuesto un impacto tremendo en la opinión pública y en la ciudadanía europea, en un momento en el que la percepción sobre el estancamiento europeo es negativa, lo cual está obligando a los líderes políticos europeos a repensar el futuro de Europa, con objeto de salir de este estancamiento.

No obstante todo lo anterior, hay tendencias donde ven la incertidumbre provocada por el Brexit, de forma positiva para el futuro de la Unión, y como una oportunidad de profundización del marco constitucional de la unión europea. El Reino Unido ha obstaculizado dicha profundización de la UE, durante años, tanto en su desarrollo legislativo como especialmente en los sucesivos cambios constitucionales (Acta Única, Maastricht, Ámsterdam, Niza, Convención Europea y Tratado de Lisboa) y ha condicionado de forma negativa la agenda política innovadora de la Comisión en la actual legislatura.⁵¹

Si bien para algunos la salida del Reino Unido es debida a la falta de aceptación y de confianza en el proyecto europeo, para otros significa precisamente una oportunidad, ya que entienden que hasta ahora gran parte de las iniciativas de futuro habían estado recortadas por la posición británica. De esta forma, están comenzando a aparecer nuevas iniciativas, tanto de la Comisión, como del Consejo y del Parlamento. Concretamente, el discurso de Juncker de 14 de septiembre de 2016, sobre el estado de la Unión, planteaba un conjunto de nuevas posibilidades. La Cumbre de Bratislava celebrada unos días después, en la que por primera vez no participa el Reino Unido, reflejó un análisis innovador, aunque no llevase a propuestas operativas.

51.- ALDECOA, F.: "El referéndum británico: una posible oportunidad para el proyecto europeo", Revista Aranzadi Unión Europea núm. 11, noviembre 2016

En el seno del Parlamento Europeo, especialmente en la Comisión Constitucional, ha vuelto a surgir el debate sobre el futuro de Europa. Merece la pena destacar especialmente el proyecto del informe de Verhofstadt⁵² en el que se plantea que la urgencia de llevar a cabo la reforma de la Unión ha aumentado de forma espectacular por la decisión del Reino Unido a través de un referéndum de abandonar la Unión Europea. En dicho informe se plantea la necesidad de convocar una Convención europea para el 2017, año en el que se celebra el 60º aniversario de la firma del Tratado de Roma, con el objeto de iniciar la reforma constitucional. Se está debatiendo en la Comisión Constitucional y se espera que su aprobación definitiva, después de las enmiendas, tenga lugar el próximo mes de diciembre.

El informe hace hincapié en que es necesaria una amplia reflexión democrática sobre la reforma de los tratados, y que puede y debe lograrse únicamente mediante una Convención europea que garantice la participación de todos los Estados miembros gracias a su composición, formada por representantes de los parlamentos nacionales, los gobiernos, la Comisión y el Parlamento Europeo, y que constituye igualmente la plataforma adecuada para este tipo de reflexión, con el compromiso de los ciudadanos europeos.

Con ello, se ha abierto el debate de cómo aprovechar la oportunidad del abandono del Reino Unido para plantear la necesidad de cambios constitucionales a través de una nueva Convención. Los partidos políticos europeos, los Estados y los ciudadanos se están progresivamente pronunciando sobre la necesidad de la misma. El posible abandono del Reino Unido ha sacado a la luz un debate que estaba debajo de la mesa y que únicamente en determinados ambientes académicos o en los movimientos europeístas o de grupos federalistas estaba teniendo algún eco. El Brexit está haciendo que el tema tome otra dimensión, cada vez más relevante en la opinión pública europea.

52.- VERHOFSTADT. G.: "Sobre posibles modificaciones y ajustes de la actual configuración institucional en la Unión Europea" Parlamento Europeo, diciembre 2016
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0390+0+DOC+XML+V0//ES>

En definitiva, el Brexit ha abierto otra vez la discusión sobre el futuro de Europa, que según algún autor estaba mal cerrada (Aldecoa). La misma viene desde la «Declaración de Laeken sobre el futuro de Europa», adoptada en el Consejo Europeo de diciembre de 2001, origen de la Convención Europea de 2002-2003, que elaboró el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que, aunque no entró en vigor sería sustancialmente rescatado a través del Tratado de Lisboa.

Por su parte la Comisión Europea ha presentado el Libro Blanco sobre el futuro de Europa.⁵³ Dicho Libro Blanco analiza de qué forma evolucionará Europa en el próximo decenio, desde la repercusión de las nuevas tecnologías en la sociedad y el empleo, a las dudas que suscita la globalización, los problemas en materia de seguridad y el ascenso de los populismos. Plantea la disyuntiva a la que se enfrenta la UE, a ser barrida por estas tendencias o asumirlas y aprovechar las nuevas oportunidades que traen consigo. El peso demográfico y económico de Europa disminuye mientras en otras partes del mundo crecen. En 2060, ninguno de los actuales Estados miembros de la UE representará ni siquiera el 1 % de la población mundial, una razón de peso que apremia a mantenerse unidos para conseguir más resultados. Europa es una fuerza positiva a nivel mundial; su prosperidad seguirá dependiendo de su apertura y la fortaleza de los vínculos con sus socios.

53.- JUNKER, J.C.: Presentación del libro blanco ante el Parlamento Europeo, 1 de marzo de 2017: "Hace 60 años, los padres fundadores de Europa optaron por unir el continente con la fuerza de la ley y no mediante la fuerza de las armas. Podemos estar orgullosos de lo que hemos logrado desde entonces. Nuestro día más sombrío en 2017 seguirá siendo mucho más alegre que cualquiera de los vividos por nuestros antepasados en el campo de batalla. Ahora que celebramos el 60.^o aniversario de los Tratados de Roma, es el momento de que una Europa unida de 27 Estados perfile una visión para el futuro. Es el momento del liderazgo, la unidad y una determinación común. El Libro Blanco de la Comisión presenta una serie de sendas diferentes por las que puede optar esta UE de 27. Es el inicio del proceso, no el final, y espero que a partir de ahora tenga lugar un debate franco y amplio. La forma dependerá de la función. El futuro de Europa está en nuestras propias manos".

De esta forma el libro blanco⁵⁴ propone cinco propuestas para el futuro de Europa:

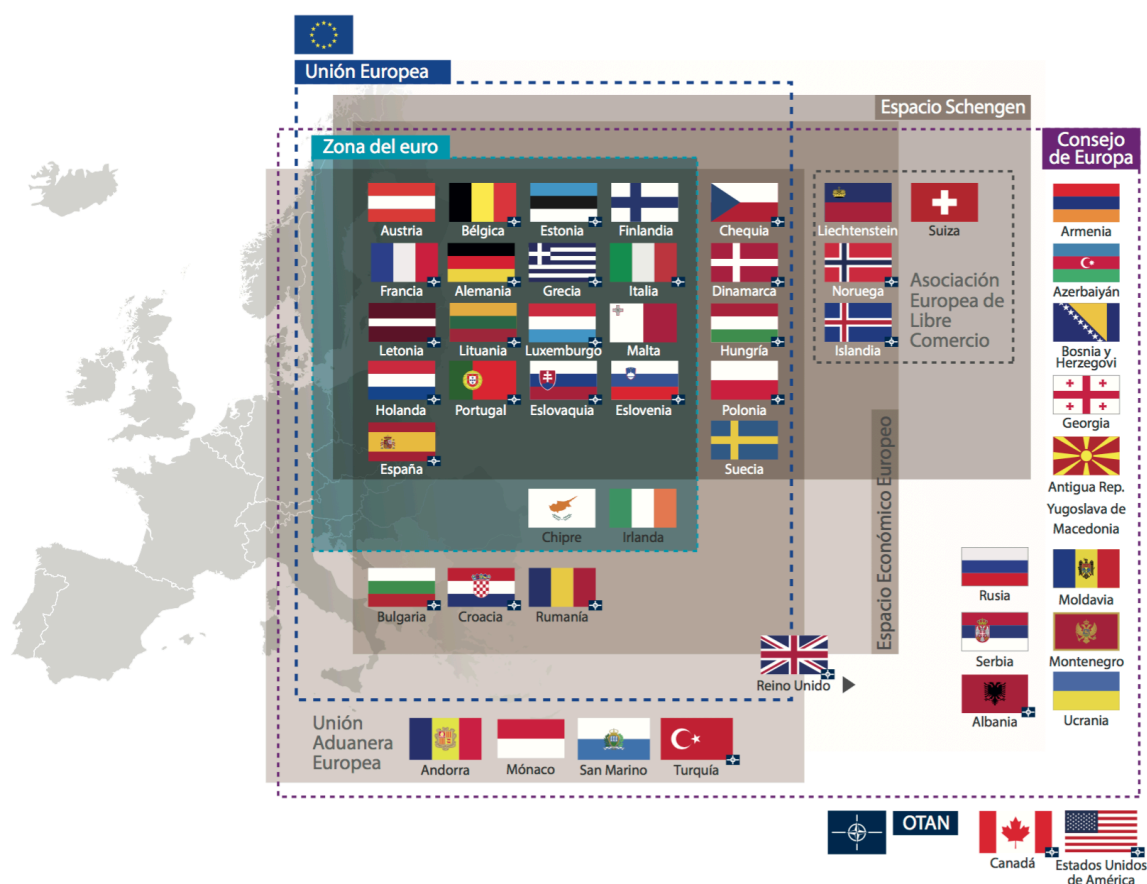
- Escenario 1: Seguir igual: La UE de los 27 se centra en el cumplimiento de su programa de reformas de acuerdo con el espíritu de las orientaciones de la Comisión de 2014 “Un nuevo comienzo para Europa” y de la Declaración de Bratislava, aprobada por los 27 Estados miembros en 2016.
- Escenario 2: Solo el mercado único: La UE de los 27 se centra gradualmente en el mercado único al no alcanzar acuerdos los Estados miembros en un número creciente de ámbitos.
- Escenario 3: Los Estados miembros que deseen hacer más, hacen más: La UE de los 27 sigue funcionando como en la actualidad, pero permite a los Estados miembros que lo deseen una mayor colaboración en ámbitos específicos, como la defensa, la seguridad interior o los asuntos sociales.
- Escenario 4: Hacer menos, pero de forma más eficiente: La UE de los 27 centra su atención en aumentar y acelerar los logros en los ámbitos de actuación prioritarios que ha elegido, mientras que interviene menos en los que se percibe que no aporta valor añadido. Centra su atención y sus recursos limitados en un número reducido de ámbitos políticos.
- Escenario 5: Hacer mucho más conjuntamente: Los Estados miembros deciden compartir más competencias, recursos y tomas de decisiones en todos los ámbitos. Las decisiones se adoptan con mayor rapidez a nivel europeo y se aplican con celeridad.

De esta forma el Libro Blanco es la contribución de la Comisión Europea a la Cumbre de Roma. En ella, la UE no solo pasará revista a lo logrado en estos sesenta años, sino que también analizará su futuro con 27 miembros.

54.- COMISION EUROPEA: *Libro blanco sobre el futuro de Europa - Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025*, Bruselas, marzo de 2017

El Libro Blanco marca el comienzo de un proceso en el que la EU-27 debe decidir sobre el futuro de su Unión. Con el fin de fomentar este debate, la Comisión Europea, junto con el Parlamento Europeo y los Estados miembros interesados, organizará una serie de «Debates sobre el Futuro de Europa» en las ciudades y regiones de Europa. El discurso sobre el Estado de la Unión que el presidente Juncker pronunciará en septiembre de 2017 ahondará en estas ideas antes de que se puedan extraer las primeras conclusiones en el Consejo Europeo de diciembre de 2017. Ello contribuirá a determinar una línea de actuación que pueda ser desarrollada a tiempo para las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 2019.

Cuadro de Europa en la actualidad⁵⁵:



55.- COMISION EUROPEA: Libro blanco... op. últ. cit.

CAPÍTULO II.- INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL NACIONAL

1.- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y LOS DERECHOS NACIONALES

1.1.- Eficacia directa

1.2.- Primacía

1.3.- Cooperación leal, equivalencia y efectividad

1.4.- Tutela judicial efectiva

1.5.- Responsabilidad del Estado

2.- INTERACCIÓN ESPECIFICA DE LAS DIRECTIVAS CON EL DERECHO NACIONAL

2.1.- Eficacia directo

2.2.- Primacía

CAPÍTULO II.- INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL NACIONAL

La pertenencia de un Estado miembro a la UE produce una distribución de competencias entre dicho Estado y la Unión. El Estado se reserva un conjunto de competencias bajo su soberanía y, por tanto, regidas por el Derecho nacional. Pero en las materias cedidas rigen los Tratados y los actos de las Instituciones o Derecho derivado. Las materias se ceden de forma libre y voluntaria como una manifestación de consentimiento al pasar a ser un Estado miembro y en consecuencia de obligarse por dichos Tratados constitutivos y por los actos de las Instituciones. Luego los dos ordenamientos jurídicos coexisten en el interior de cada Estado miembro⁵⁶.

Ambos ordenamientos, el interno y el de la Unión tienen unos mismos destinatarios. El hecho de que compartan los mismos sujetos de derecho hace que se genere una frecuente relación entre la norma de la Unión y la norma nacional. Estas relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional están condicionadas por los principios de eficacia directa, primacía, cooperación leal, tutela judicial efectiva y responsabilidad del Estado por su cumplimiento.⁵⁷

La complejidad de dichos principios que presiden las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho de los Estados miembros, es que apenas tienen reflejo en los Tratados, que se limitan a prever la eficacia directa del reglamento, definido en el artículo 288 TFUE⁵⁸ como instrumento directamente aplicable en cada Estado miembro. Nada dicen los Tratados, en relación con su propia eficacia aplicativa

56.- DIETER BORCHARDT: *El ABC del Derecho de la Unión Europea*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011: El ordenamiento jurídico que constituye la Unión Europea (UE) se ha convertido a día de hoy en parte integrante de nuestra realidad política y social. Cada año, con arreglo a los Tratados de la Unión, se adoptan miles de decisiones que influyen decisivamente en la realidad de los Estados miembros de la UE y de sus ciudadanos. El individuo ya no es tan solo parte de su localidad, su ciudad o su país, sino que es también ciudadano de la Unión. Por tanto, es fundamental que los ciudadanos de la Unión estén informados sobre el ordenamiento jurídico que también influye en su vida cotidiana

57.- MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9ª Ed. Tecnos, 2016

e interpretativa y la de los demás instrumentos de Derecho derivado de la Unión, particularmente las Directivas, en los Estados miembros.

Tampoco encontramos en los Tratados mención expresa ni del principio de primacía ni del de responsabilidad de los Estados miembros frente a los particulares por los daños y perjuicios a ellos ocasionados como consecuencia de sus infracciones del Derecho de la Unión (a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad de la propia Unión frente a los particulares, expresamente prevista en los artículos 268 y 340 TFUE).⁵⁹ Por lo que hay que buscar dichos principios, así como su consagración en la jurisprudencia del TJUE que se remonta a la década de los sesenta (eficacia directa y primacía), los setenta (eficacia reaccional, equivalencia y efectividad), los ochenta (eficacia interpretativa) y los noventa (responsabilidad); jurisprudencia que, por lo demás, continúa en constante evolución, impregnada del dinamismo que siempre ha caracterizado a la integración europea. De esta forma, analizaremos primero los principios que rigen la interacción entre el Derecho de la Unión y los derechos nacionales (apartado 1) y posteriormente la interacción específica de las Directivas con el Derecho nacional (apartado 2).⁶⁰

58.- TFUE (TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA Diario Oficial de la Unión Europea C326/47, 26 de octubre de 2012): artículo 288 "el reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro" desde su publicación en el Diario Oficial y que "la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios".

59.- ALONSO GARCIA, R.: Sistema jurídico de la Unión Europea, 4º ed, Civitas, 2014

60.- LINDE PANIAGUA, E. Y BACIGALUPO SAGESSE, M.: Principios de Derecho de la Unión Europea, 6ª edi. Colex, 2012; CHALMERS, D., DAVIES G., y MONTI, G.: European Union Law: Text and Material, Cambridge University Press, 3ª Edi. 2014, 3ª impresión 2015. Mantienen que la "supremacía" del Derecho de la Unión se materializa a través de los siguientes 4 elementos:

Primacía - El derecho de la UE debe prevalecer sobre el derecho de los Estados miembros.

Autonomía - La legislación de la UE determina las cuestiones sobre las que se aplica.

Prioridad - La legislación de la UE decide dónde hay un conflicto entre la legislación de la UE y de los Estados miembros y qué ley debe ganar

Fidelidad - Para que haya supremacía, los Estados miembros no deben aplicar medidas contrarias a las exigencias de la legislación de la UE

1.- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y LOS DERECHOS NACIONALES

1.1.- Eficacia directa

El Derecho de la Unión está compuesto por el denominado "Derecho originario", es decir, los Tratados constitutivos y los Tratados de adhesión, y el "derecho derivado", esto es, el conjunto de normas emanadas de las diferentes Instituciones comunitarias. El Derecho derivado está constituido, fundamentalmente, por las normas emanadas de las Instituciones comunitarias, cuyo fundamento último es el derecho originario, y actos jurídicos que constituyen la actividad normativa institucional. Los principales actos jurídicos son los Reglamentos y las Directivas. Los primeros son directamente aplicables en todos los Estados miembros sin necesidad de requisito alguno por parte del Estado miembro (tras la publicación en el DOUE), mientras que las Directivas tienen por finalidad la fijación de objetivos concretos (Vid infra cap. II apartado 2), lo que supone que los Estados miembros deben adaptar su legislación interna para la consecución de dichos objetivos, adaptación o trasposición que debe realizarse por cada Estado, pudiendo optar por el sistema o medio legal que estime más adecuado, lo que significa que cada uno debe dictar la norma legal necesaria que, en cumplimiento del deber asumido, trasponga la Directiva a su ordenamiento nacional, bien creando una norma nueva, bien modificando la anteriormente existente.⁶¹

La posibilidad de los ciudadanos de invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales el Derecho de la Unión fue proclamada por el TJUE, por vez primera y en relación con el Tratado constitutivo de la entonces CEE, en el asunto Van Gend & Loos⁶². Concretamente, en relación con su artículo 12 (actualmente modificado y ubicado como artículo 30 TFUE), que prevé que los

61.- AÑÓN CALVETE, J.: "Primacía del Derecho de la Unión Europea (a propósito de la STC 232/2015, de 5 de noviembre)" *Noticias Jurídicas*, febrero 2016 y ALCAIDE FERNANDEZ, J. Y VV.AA.: Curso de derecho de la Unión Europea, 2ª edi. Tecnos, 2014

62.- STJUE de 5 de febrero de 1963. Asunto Van Gend & Loos, C-26/62

Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana, de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones recíprocas. Van Gend & Loos supuso una alteración de la presunción de Derecho Internacional consistente en que las obligaciones jurídicas internacionales están orientadas y dirigidas a los Estados, partes contratantes, cuyos respectivos Derechos son los que determinan en qué medida y a través de qué método tales obligaciones pueden en su caso producir efectos jurídicos en el ámbito interno (incluida su invocabilidad por los particulares ante las propias jurisdicciones nacionales), solventándose los posibles incumplimientos en el marco de reclamaciones interestatales.

Es decir, podía haber prevalecido una aproximación conforme a cánones clásicos de Derecho Internacional respecto de la eficacia del Tratado CEE, pues ninguna disposición suya preveía la posibilidad de su directa aplicación, con la consecuencia de poder implicar per se a los particulares, esto es, con independencia de los Derechos nacionales, al tiempo que sí preveía (como recalcó en sus Conclusiones el Abogado General, partidario de negar la eficacia directa) un proceso por incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario, incluido el Tratado, en el que los particulares brillaban por su ausencia (artículos 169-170, actualmente 258-259 TFUE).⁶³

Es más, el artículo 12 TCEE, en concreto, imponía una obligación de abstención dirigida exclusivamente a los Estados miembros sin mencionar en ningún momento a los particulares (los Gobiernos holandés, belga y alemán, intervinientes en el proceso, hicieron hincapié en que tal silencio con relación a los particulares revelaba la voluntad inequívoca de los Estados miembros de no conferir al Tratado efecto directo). El TJUE, sin embargo, objetivando al máximo la intención de las partes

63.- El profesor Alonso matiza: Ausencia de previsión ésta, por lo demás, predicable no sólo del Tratado, sino del resto del Derecho comunitario, con la sola excepción de los reglamentos, cuya aplicabilidad directa se recogía expresamente en el artículo 189, actual 288 TFUE. ALONSO GARCIA, R.: Sistema jurídico de la Unión Europea... *op. ult. cit.*

contratantes a través de los objetivos y del sistema instaurado por el Tratado, presidido por un espíritu de integración, concluyó que el artículo 12 del Tratado produce efecto directo y crea derechos individuales que los tribunales nacionales deben proteger.

Este punto de vista facilitó la eficacia directa, ya que la sentencia del TJUE consistió no en la construcción de una noción de aplicabilidad o eficacia directa distinta de la noción clásica de Derecho Internacional, ni siquiera en someter su admisibilidad a requisitos ajenos a la voluntad de las partes contratantes, sino en objetivar al máximo dicha voluntad, utilizando una técnica interpretativa mucho más próxima al Derecho Constitucional que al Derecho Internacional, centrada en la constitución de un nuevo ordenamiento jurídico asentado en la cesión de soberanía por los Estados signatarios en favor de la Unión Europea.

De esta forma, el TJUE señaló que el objetivo del Tratado CEE es establecer un mercado común, cuyo funcionamiento concierne directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que el Tratado es más que un acuerdo meramente generador de obligaciones mutuas entre los Estados contratantes; tal concepción es confirmada por su Preámbulo que, más allá de los gobiernos, contempla a los pueblos, y más concretamente por la creación de órganos que institucionalizan derechos soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos; además, es preciso resaltar que los ciudadanos de los Estados reunidos en la Comunidad están llamados a cooperar en el funcionamiento de tal Comunidad a través de la mediación del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social. Por otro lado, el papel asignado al TJUE en el marco del artículo 177 (actual 267 TFUE), cuyo objetivo es asegurar la unidad en la interpretación del Tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales, confirma que los Estados han reconocido al Derecho comunitario una autoridad susceptible de ser invocada por sus ciudadanos ante sus órganos jurisdiccionales.

Por tanto, la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos son no sólo los Estados miembros, sino también los ciudadanos, de manera que independientemente de la

legislación de los Estados miembros, el Derecho comunitario no sólo impone obligaciones a los individuos sino que está destinado a conferirles derechos que forman parte de su patrimonio jurídico. En consecuencia, el efecto directo a la luz de la sentencia Van Gend en Loos, significa:

- Que las normas de los Tratados pueden producir efectos jurídicos (derechos y obligaciones) inmediatos, por sí mismas, sin precisar de normas nacionales para su aplicación o sin que estas sean un obstáculo para su aplicación
- Que los particulares pueden hacer valer ante los poderes públicos nacionales los derechos que se deriven de las normas de la Unión y dichos poderes deben asegurar el respeto a las obligaciones asumidas por el Estado en los Tratados y proteger los derechos individuales.⁶⁴

1.2.- Primacía

Una visión general del principio de primacía es que establece cómo se debería actuar en caso de que en la interacción entre el Derecho de la Unión y el nacional hubiera discrepancias.⁶⁵

64.- GARCIA URETA, A.: Derecho de la Unión Europea, Marcial Pons, 2013; MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J.: Instituciones y Derecho... *op. últ. cit.*

65.- KWIECIEŃ, R.: The Primacy of European Union Law over National Law Under the Constitutional Treaty, German Law Journal, vol 6 n-um 11, 2005: Se considera que el principio de primacía, junto con los principios de efecto directo y de aplicabilidad uniforme, constituyen no sólo el fundamento de la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario, sino que también desempeñan el papel de pilares de la Constitución Europea no oficial. El principio de primacía se ve incluso como la encarnación de la transferencia real del poder constitucional a Europa; SIEBERSON, S. C.: Inching Toward EU Supranationalism? Quali ed Majority Voting and Unanimity Under the Treaty of Lisbon', Virginia Journal of International Law, Volume 50, No 4, pg 926, 2010: La idea de que la Unión es el gobierno central en una estructura federal es el hecho de que los actos jurídicos de la Unión tienen primacía sobre la legislación de los Estados miembros.

El Derecho de la Unión constituye un verdadero ordenamiento jurídico desde el momento en que los Estados miembros reconocen que este Derecho puede ser alegado por sus nacionales ante los órganos jurisdiccionales internos.⁶⁶ Se produce una cesión de soberanía de los Estados miembros a favor de la Unión Europea, en virtud de esta cesión de soberanía el Derecho de la UE es de aplicación en los Estados miembros frente al derecho nacional, se alcanza un rango jerárquico superior al de las leyes nacionales.⁶⁷

Como se señaló en la propia Conferencia Intergubernamental de 2007, el principio de primacía del Derecho comunitario, frente a los derechos nacionales de los Estados miembros, es inherente a la naturaleza específica de la Unión Europea.⁶⁸ Por lo que, el hecho de que no aparezca expresamente en el Derecho originario, no cambia en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia vigente del TJUE.⁶⁹

El Derecho de la Unión no se somete a los principios, ni a los modos de producción normativa ni a los efectos jurídicos establecidos en la Constitución nacional y restantes normas internas de los Estados miembros⁷⁰. El TJUE en el asunto Van

66.- PONS CARMENA, M.: *Modelo Social Europeo y protección de los derechos sociales fundamentales*. Reus, Valencia, 2015.

67.- AÑÓN CALVETE, J.: "Primacía del Derecho de la Unión Europea ..." *op. ult. cit.*

68.- En este sentido se expresa el Acta final de la Conferencia Intergubernamental de 2007 que incorpora el Dictamen jurídico del Consejo, Documento 11197707, JUR 60.

69.- MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: "Estudio preliminar sobre el Tratado de Lisboa" artículo publicado en la página web del *Real Instituto Elcano*, Especiales sobre el Futuro de Europa, 2007.

70.- BUSUTTIL. S.: Supremacy of EU law: what it means & what it entails. Chamber of Advocates Conference, 2006: El principio de supremacía del Derecho de la Unión puede coexistir con el principio de supremacía de la constitución nacional

Gend en Loos situó al Derecho de la Unión independiente de la legislación de los Estados miembros⁷¹. Por otra parte, mantiene que la Unión Europea constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales.

De acuerdo con el principio de primacía, el Derecho de la Unión tiene un valor superior a los Derechos nacionales de los Estados miembros. El principio de primacía es válido para todos los actos europeos de aplicación obligatoria. Por lo tanto, los Estados miembros no pueden aplicar una norma nacional contraria al Derecho de la Unión. El principio de primacía garantiza la superioridad del Derecho de la Unión sobre los Derechos nacionales. Se trata de un principio fundamental del Derecho europeo. Al igual que el principio de efecto directo, no está inscrito en los tratados, pero ha sido consagrado por el TJUE.⁷²

El alcance del principio de primacía del Derecho de la Unión sobre los Derechos nacionales es absoluto. Por lo tanto, todos los actos europeos con carácter obligatorio se benefician de él, tanto si proceden del Derecho primario como del Derecho derivado. Del mismo modo, todos los actos nacionales están sujetos a este principio, con independencia de su naturaleza: ley, reglamento, decreto, resolución, circular, etc. Es irrelevante que estos textos normativos procedan del poder ejecutivo o del poder legislativo del Estado miembro.⁷³

71.- BISKUP. L: *Conflicts Between Community and National Laws: An Analysis of the British Approach*, Sussex European Institute - University of Sussex, 2003: El sistema constitucional británico en su conjunto ha estado profundamente influenciado por la adhesión a la UE, que limitó el monopolio legislativo del Parlamento e impuso la obligación de dar prioridad a las disposiciones directamente aplicables del Derecho comunitario. Sin embargo, el enfoque británico de las obligaciones comunitarias ha permitido proteger las competencias nacionales con una eficacia considerable.

72.- ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: “La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: Aspectos constitucionales”. *Revista de Derecho Político*, núm. 38, 1994, pp. 93-173.

73.- CACHO SÁNCHEZ, Y. y otros: *Instituciones de la Unión Europea* - Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

En el asunto Flaminio Costa⁷⁴ apuntó el TJUE su aproximación al principio de primacía del Derecho de la Unión sobre el interno en términos absolutos y globales, es decir, del Derecho de la Unión considerado en su conjunto sobre el Derecho interno también considerado en su conjunto, incluido el de rango constitucional, según consagrará explícitamente el asunto Internationale Handelsgesellschaft⁷⁵ donde se mantiene que al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma; de ahí que la alegación de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado.

Ello no obstante, así como todos los Estados miembros han aceptado al día de hoy dicha primacía sobre la ley interna, que se traduce en la obligación por parte del juez nacional, según puso de manifiesto el TJUE Asunto Simmenthal⁷⁶, de implicarla al caso concreto por su propia autoridad, no sucede lo mismo con el propio texto constitucional, cuyo valor de norma suprema sigue siendo defendido por algunos de los más Altos Tribunales nacionales.

Ya que una cosa es sostener que el parámetro de validez del Derecho de la Unión derivado deba ser el propio ordenamiento jurídico europeo (y no los ordenamientos jurídicos nacionales), con los Tratados en la cúspide, y otra distinta que éstos se impongan frente a su razón de ser, que no es otra que la cesión de soberanía operada por los Estados miembros al amparo de sus respectivas Constituciones.⁷⁷

74.- STJUE de 15 de julio de 1964, Asunto Flaminio Costa C-6/64

75.- STJUE de 17 de diciembre de 1970, Asunto Internationale Handelsgesellschaft C-11/70

76.- STJUE de 9 de marzo de 1987, Asunto Simmenthal 106/77

77.- ALONSO GARCIA, R.: Sistema jurídico de la Unión Europea... *op. ult. cit.*

Hay autores que ven en la Sentencia del asunto Simmenthal varios efectos de primacía⁷⁸:

- a) Si la norma interna incompatible es anterior a la norma de la Unión, esta hace inaplicable de pleno derecho a la interna, desde su entrada en vigor, así como toda disposición contraria de la legislación nacional. Es decir, se excluye la aplicación de la norma interna anterior y prevalecerá la norma posterior de la Unión.
- b) Si la norma interna incompatible es posterior a la norma de la Unión, la vigencia de esta última impide la formulación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias
- c) Ya sea la norma interna anterior o posterior, el órgano judicial nacional no debe esperar a que la norma interna incompatible sea derogada, ni debe plantear la cuestión de constitucionalidad
- d) El juez nacional del litigio concreto puede y debe excluir la norma interna y aplicar la norma de la Unión.

Dado el carácter objetivo e imperativo de este Derecho, también en las relaciones entre particulares, estos deberán respetar sus normas en caso de contradicción con la norma interna y tendrán obligación de dejar de aplicar la norma nacional y en consecuencia aplicar la norma de la Unión a la relación jurídica prevista por la misma, reconociendo los derechos o exigiendo el cumplimiento de las obligaciones que establezca (Asunto Walrave –UCI).⁷⁹

78.- MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J.: Instituciones y Derecho... *op. ult. cit.*; KUMM, M. y FERRERES COMELLA, V.: The Future of Constitutional Conflict in the European Union: Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty, Jean Monnet Working Paper 5/04, 2004

79.- STJUE de 12 de diciembre de 1974, Asunto Walrave –UCI, C-36/74

Cuando la interpretación conforme al derecho de la Unión supone conflicto de normas aplicables, este debe resolverse según la regla de primacía del derecho de la Unión⁸⁰. El TJUE establece en el asunto Melloni⁸¹ que, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aún si son de rango constitucional, no pueden afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado. Esto supone que, en caso de contradicción entre norma nacional y comunitaria la primera debe interpretarse de conformidad con la comunitaria, si ello fuera posible y, en caso contrario, debe dejarse de aplicar la normativa nacional en favor de la aplicación de la comunitaria. Ello siempre que la contradicción sea evidente, ya que, si no lo es, la cuestión debe someterse, mediante cuestión prejudicial, al TJUE.^{82 y 83}

80.- ELLIOTT, M.: 1,000 words If EU law is supreme, can Parliament be sovereign?, University of Cambridge, 2016; Mientras el Reino Unido siga siendo un Estado miembro de la UE, la soberanía parlamentaria sigue existiendo, pero es ilegal -como cuestión de derecho comunitario e internacional- que la soberanía se ejerza de manera incompatible con Derecho comunitario.

81.- STJUE de 26 de febrero de 2011, Asunto Melloni, C399/11.

82.- MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J.: Instituciones y Derecho... *op. ult. cit.*: Señalan dos límites al criterio de interpretación conforme a las normas comunitarias:

(i) cuando no exista norma nacional capaz de alcanzar el objetivo que pretende la Directiva, o cuando, existiendo, la interpretación conforme a la norma comunitaria resulte imposible. En tales casos, resultará aplicable la Directiva, dado el efecto directo por falta de una norma nacional que la trasponga, o por existir una norma que la trasponga de forma deficiente o insuficiente,

(ii) cuando los principios generales del derecho lo impidan (legalidad penal, seguridad jurídica, irretroactividad), de forma que el deber de interpretar la norma interna conforme a la norma comunitaria está limitado cuando de dicha interpretación se desprenda una obligación prevista en una Directiva no adaptada al derecho nacional, a cargo de un particular o cuando esa interpretación conduzca a determinar o agravar la responsabilidad penal.

El TJUE consideró que las Constituciones nacionales también están sujetas al principio de primacía⁸⁴. Por lo tanto, corresponde al juez nacional no aplicar las disposiciones de una constitución contraria al Derecho de la Unión. Como ocurre con el principio de efecto directo, el TJUE ejerce el control de la correcta aplicación del principio de primacía. En este sentido, sanciona a los Estados miembros que no la respetan mediante las decisiones que dicta sobre los fundamentos de los distintos recursos previstos por los tratados constitutivos, en particular, el recurso por incumplimiento. Corresponde también al juez nacional hacer respetar el principio de primacía. Este puede, en su caso, hacer uso del procedimiento prejudicial, en caso de duda en cuanto a la aplicación de este principio. En la sentencia del asunto *Factortame Ltd*⁸⁵, el TJUE indicó que una jurisdicción nacional, en el marco de una cuestión prejudicial sobre la validez de una norma nacional, deberá suspender inmediatamente la aplicación de esta norma, a la espera de la solución preconizada por el TJUE y de la sentencia que el órgano jurisdiccional dicte al respecto en cuanto al fondo. Mediante este mecanismo, con el que se pretende la resolución de dudas de interpretación del Derecho de la Unión y sobre la validez de actos de las instituciones, se asegura la aplicación uniforme del Derecho de la Unión por los

83.- BOU FRANCH, V.: Introducción al Derecho de la Unión Europea, Civitas, septiembre 2014: En palabras del TJUE, la obligación de los Estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al principio de la cooperación leal (art. 4.3 TUE), de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales.

84.- LUDWIKOWSKI, R.R.: Supreme Law or Basic Law? The Decline of the Concept of Constitutional Supremacy, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 9, 2002, p. 601-644: Las Constituciones de todos los Estados miembros fueron modificadas o dejadas lo suficientemente flexibles como para dar cabida al principio de la supremacía del Derecho comunitario, el argumento de que siguen siendo las leyes supremas de estos países no nos puede llevar demasiado lejos.

85- STJUE de 19 de junio de 1990, Asunto *Factortame Ltd* y otros. C-213/89.

órganos jurisdiccionales nacionales, produciéndose una colaboración entre jurisdicciones^{86 y 87}.

En cuanto cómo trata el ordenamiento jurídico nacional el principio de primacía, cabe señalarse la STC 145/2012⁸⁸ donde el Tribunal se refería a la primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad, reconociendo esa primacía de las normas del ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo que tal primacía y eficacia (entre otras, en las Sentencias Vand Gend & Loos y Costa contra ENEL), de la Declaración 1/2004, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Ello obliga al Juez nacional o a la Administración pública, en su caso, a aplicar la norma prevalente y a dejar sin efecto a la norma desplazada, aun cuando no haya sido expulsada del ordenamiento interno (algo propio de la Unión Europea como proceso de creación de una unidad política por agregación o unión de Estados).

Por todo ello, según concluye el TC en esta STC 145/2012, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la

86.- Eur-Lex, "Primacía del Derecho europeo", octubre 2010: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A114548>

87.- Hay autores que marcan un límite a la supremacía del Derecho de la Unión LECZYKIEWICZ, D: "The 'national identity clause' in the EU Treaty: a blow to supremacy of Union law?" UK Constitutional Law Association, 2012: Si un acto de la UE no respeta las identidades nacionales, los tribunales nacionales tendrán el poder de resistirse a las obligaciones dimanantes del acto. Lo que la "identidad nacional" abarca será para este propósito determinado por los tribunales nacionales (constitucionales). De ser así, la supremacía de la legislación de la UE puede haber sufrido un duro golpe.

88.- STC 145/2012 de 2 de julio de 2012.

disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión, obligación que es inherente al principio de primacía con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea.^{89 y 90}

89.- BOU FRANCH, V.: *Introducción al Derecho de la Unión Europea... op. últ. Cit*: El TC no ha dejado de recordar que el recurso de amparo es un medio procesal para recabar la tutela de las libertades y derechos proclamados en los artículos 14 a 30 de la Constitución (art. 53.2 Constitución) y sólo con la finalidad de restablecer o preservar los mismos (art. 41.3 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LOTC). Por ello, no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones europeas, si no sólo contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos españoles.

90.- Caben destacar dos resoluciones, altamente mediáticas, del TJUE donde se aprecia el principio de primacía:

1.- STJUE en asunto Francisco Gutiérrez y otros (también conocida como Sentencia sobre la cláusula suelo (de 21 de diciembre de 2016, asunto C-154/15) donde se establece que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

En mayo de 2013 el Tribunal Supremo español se pronunció en contra de las cláusulas suelo, al considerar entre otras cosas que resultaban gramaticalmente inteligibles para los consumidores, pero al mismo tiempo limitó en el tiempo las compensaciones a los afectados. A pesar de que considerar que llevaban razón y que los términos eran abusivos, el TS limitó a precisamente mayo de 2013 las compensaciones. Todo lo abonado irregularmente desde la firma de los contratos hasta entonces no podía ser reclamado. Dicha STS 1916/2013 de 9 de mayo de 2013 recogía en su Fundamento de Derecho 294: Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por

1.3.- Cooperación leal, equivalencia y efectividad

Desde una perspectiva estructural, el Derecho de la Unión se presenta, como un ordenamiento jurídico autónomo en el sentido de que está dotado de personalidad jurídica, la Unión cuenta con sus Instituciones con poderes normativos y ejecutivos propios, que se desenvuelven conforme a reglas igualmente propias, procedimentales y sustantivas, todo ello bajo el control último de su también propio sistema jurisdiccional.

Al mismo tiempo, tal aproximación al ordenamiento jurídico europeo, en cuanto sistema autónomo, debe completarse con la visión de la Unión en cuanto sistema de integración.

resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

2.- La STJUE en el asunto Ana de Diego Porras de 14 de septiembre de 2016, C-596/14 se establece que la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización. Así mismo establece que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.

Desde la referida perspectiva estructural, el sistema europeo requiere, verticalmente, el complemento de los Estados miembros, intensamente asociados a dicho sistema en el estadio de su aplicación material, dado que las administraciones nacionales actúan, generalmente, como brazo ejecutor, bajo el control último de los tribunales nacionales en estrecha cooperación con el TJUE a través de la cuestión prejudicial.⁹¹

El TJUE fundamenta tanto la primacía como la eficacia directa y la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión en el principio de cooperación leal previsto en el artículo 4.3 TUE donde se establece que los Estados miembros han asumido la obligación general de dar completa efectividad al Derecho de la Unión por lo que están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para dar pleno efecto a sus normas. Esta obligación de adoptar todas las medidas necesarias se impone a todos los poderes de los Estados, el legislativo, y el judicial.⁹²

Vinculado al principio de cooperación leal se encuentran el principio de autonomía institucional y procedimental procesal. La intervención de los Estados miembros está presidida por el principio de autonomía, en el sentido de que, en ausencia o insuficiencia del Derecho de la Unión en relación con las reglas que deban presidir su referida aplicación en el ámbito interno, son los propios Derechos nacionales los encargados de fijarlas. Tal principio de autonomía de los Estados miembros ha de entenderse, no obstante, mediatizado por los principios de equivalencia y de efectividad, elaborados a golpe de sentencia por el TJUE con fundamento, a su vez, en el principio de cooperación leal.

91.- DASHWOOD, A. DOUGAN, M., RODGER, B., SPAVENTA, E. Y WYATT, D.: *European Union Law*, Hart Publishing, 6ª Edi. 2011. y ALONSO GARCIA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea... op. últ. cit.*

92.- CRAIG, P. y DE BÚRCA, G.: *EU Law Text, Cases, and Materials*, 6ª Edi. 2015 y MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho... op. últ. cit.*

Así, ya en los asuntos Rewe y Comet⁹³, el Tribunal, en un contexto de falta de normativa comunitaria en la materia, remitió a los ordenamientos jurídicos nacionales la designación de los órganos competentes y las modalidades procesales pertinentes a los efectos de garantizar la plena salvaguarda de los derechos derivados del ordenamiento jurídico comunitario.

Pero lejos de remitir en blanco, el TJUE sobre la base del principio de cooperación leal, declaró que las reglas nacionales no podían ser más desfavorables para el beneficiario de tales derechos que las aplicables a un contexto puramente interno, es decir, al margen del Derecho de la Unión (principio de equivalencia), y tampoco podían hacer imposible o excesivamente difícil en la práctica su ejercicio (principio de efectividad).

Sentado lo cual, debe advertirse que los principios de equivalencia⁸⁶ y de efectividad, aun dirigidos en última instancia al aplicador del Derecho, y particularmente al juez nacional, también vinculan, en primera instancia, al poder normativo, obligado a adoptar normas internas en ejecución de las europeas cuyo contenido respete ambos principios. Conviene asimismo matizar que la autonomía de los Estados miembros y sus límites en virtud de los referidos principios, presenta una doble vertiente, orgánica y procedimental.

En definitiva, los principios de equivalencia y de efectividad están llamados a limitar la autonomía de los Estados miembros allí donde dicha autonomía existe por «falta de normativa comunitaria en la materia». Esto es, cabe recordar que las normas de la Unión pueden en algunos casos, por sí mismas, condicionar e incluso eliminar la autonomía orgánica y/o procedimental de los Estados miembros, asumido que la Unión tenga competencia al respecto.

93.- STJUE de 16 de diciembre de 1976, Asuntos Rewe y Comet 33/76 y 45/76

1.4.- Tutela judicial efectiva

Los Estados miembros tienen la obligación de asegurar, de conformidad con su autonomía procesal, el pleno respeto a los derechos nacidos de una norma común, esta obligación lleva al derecho a la tutela judicial efectiva.⁹⁴ En el Derecho de la Unión la tutela efectiva significa que no puede encontrar ningún obstáculo en el Derecho nacional⁹⁵. Es en todo caso un principio general que los Estados miembros deben respetar cuando aplican el Derecho de la Unión⁹⁶, en base a los siguientes aspectos:

94.- El profesor Alonso aclara que en cuanto al principio de equivalencia, mención especial merece, por lo que a España se refiere, el asunto Transportes Urbanos (2010), en el que, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia declaró contraria al Derecho de la Unión la doctrina del propio Tribunal Supremo que otorgaba un trato menos favorable al administrado en relación con las acciones de responsabilidad por leyes antieuropeas , si comparado con el régimen aplicable a las acciones de responsabilidad por leyes inconstitucionales: «El Derecho de la Unión», falló el Tribunal de Justicia, «se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia dictada con arreglo al artículo 226 CE [actual 258 TFUE] sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente». ALONSO GARCIA, R.: Sistema jurídico de la Unión Europea... *op. últ. cit.*

95.- ORTEGA ALVAREZ, L.: Derecho Comunitario Europeo, Lex Nova, 2008 y MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J.: Instituciones y Derecho... *op. últ. cit.*

96.- ANTONIO TORRES DEL MORAL, A.: "Relaciones entre la Unión europea y los Estados miembros según el Tratado Constitucional Europeo. principios que las rigen", *Revista de Derecho Político*, núm. 65, 2006, págs. 95-114

- Es competencia de los jueces nacionales proteger los derechos reconocidos por las normas de la Unión, es un derecho universal del juez nacional
- Todas las vías procesales internas son, en principio, susceptibles de servir para hacer valer derechos fundados en el Derecho de la Unión (principio de equivalencia)
- El acceso a las vías procesales nacionales no podrán hacerse en condiciones menos favorables que para las reclamaciones fundadas en normas internas y tampoco en condiciones tales que hagan prácticamente imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el orden jurídico de la Unión.
- Las decisiones nacionales que apliquen el Derecho de la Unión deben ser motivadas, susceptibles de control jurisdiccional y que ese control sea efectivo. El denominado derecho al juez (Asunto Johnston)⁹⁷
- Las jurisdicciones nacionales deben, en el ámbito de su competencia, asegurar la protección jurídica que deriva del efecto directo haciendo todo lo necesario a fin de tutelar los derechos de los particulares (asunto Simmenthal)
- El juez nacional puede llevar a cabo una suspensión de la ley interna si fuese necesario para garantizar los derechos invocados de la Unión.

1.5.- Responsabilidad del Estado

El principio de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho de la Unión Europea, en concreto por los daños y perjuicios que dicha infracción

97.- STJUE de 15 de mayo de 1986, Asunto Johnston C-222/84

podría ocasionar a los particulares, fue proclamado por vez primera en el asunto Francovich e.a.⁹⁸ Aunque refiriéndolo en especial al incumplimiento de la obligación de ejecutar correctamente las Directivas, el TJUE sentó las bases de un régimen claramente objetivo, presidido por la mera infracción lesiva de los derechos de los particulares mediando nexo causal entre la infracción y el perjuicio.

Considerado el principio como inherente al sistema del Tratado que derivaría a su vez de otros dos principios, el de la plena efectividad del Derecho comunitario (incluida la plena protección de los derechos conferidos a los individuos) y el de cooperación leal de los Estados miembros para con la Comunidad, el Tribunal estimó oportuno en *Brasserie du Pêcheur*⁹⁹ y *Factortame* reforzar su fundamento destacando su naturaleza de expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado, obligación ésta que alcanzaría a las autoridades públicas por los daños causados en el ejercicio de sus funciones.¹⁰⁰

98.- STJUE de 19 de noviembre de 1991, Asunto Francovich e.a, C-6/90

99.- STJUE de 5 de marzo de 1996, Asunto Brasserie du Pêcheu C-46/93

100.- ALONSO: No toda lesión de los derechos de los particulares, consecuencia de una infracción del Derecho europeo por los Estados, produciría el deber de éstos de indemnizar, sino sólo aquella susceptible de ser calificada de «suficientemente caracterizada»; calificación ésta (en todo caso exigible, según aclara, tras algún titubeo, el asunto Dillenkofer e.a., 1996) que tendrá lugar bien en ausencia de margen de maniobra en la actuación del poder público en cuestión (lo que habrá de analizar caso por caso en función del contenido de la norma europea vulnerada, atendiendo especialmente a su claridad y precisión: asunto Robins e.a., 2007), bien en presencia de dicho margen si sus fronteras han quedado perfectamente delimitadas a través de la intervención de los tribunales, en particular del Tribunal de Justicia. ALONSO GARCIA, R.: Sistema jurídico de la Unión Europea... *op. últ. cit.*

Es decir que por un lado la norma de la UE implica la atribución de derechos a favor de particulares, por otro lado, que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva o de la norma en cuestión y por último que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.¹⁰¹

Los derechos conferidos por el ordenamiento de la UE, susceptibles del deber de reparación, pueden estar contenidos en una Directiva no transpuesta, siendo irrelevante su efecto vertical u horizontal (Francovich, Dillenkoffe¹⁰², Miret¹⁰³, Faccini Dori¹⁰⁴, etc.) o transpuesta incorrectamente (British Telecom¹⁰⁵, Denkavit¹⁰⁶, Sutton¹⁰⁷), o en normas directamente aplicables del Tratado (Brasserie-Factortame III, Lomas¹⁰⁸)¹⁰⁹

101.- VAN HARTEN, H., NAUTA, T.: Towards horizontal direct effect for the free movement of goods?. Comment on Fra.Bo. European law review, núm 5, 2013, págs. 677-694: Los procedimientos de infracción en virtud del artículo 258 TFUE no han sido creados para ponerse en práctica frente a particulares. Su objetivo son la conducta de los Estados miembros; BLAZQUEZ PEINADO, M^a D.: “El procedimiento contra los Estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario” Universitat Jaume, Colleccion Estudis juridics, núm 4 , 2001

102.- STJUE de 8 de octubre de 1996, Asunto Dillenkoffe, C-178/94

103.- STJUE de 16 de diciembre de 1996, Asunto Miret Wagner, C-334/92

104.- STJUE de 14 de julio de 1994, Asunto Faccini Dori, C-91/92

105.- STJUE de 26 de marzo de 1996, Asunto British Telecom, C-392/93

106.- STJUE de 17 octubre de 1996, Asunto Denkavit, C-283/94

107.- STJUE de 22 de abril de 1997, Asunto Eunice Sutton, C-66/95

108.- STJUE de 23 de mayo de 1996, Asunto Hedley Lomas, C-5/94

109.- MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J.: Instituciones y Derecho... *op. últ. cit.*; LAFUENTE SÁNCHEZ, R.: *Breve introducción a la Unión Europea*, Editorial Club Universitario, 2016

2.- INTERACCIÓN ESPECIFICA DE LAS DIRECTIVAS CON EL DERECHO NACIONAL

Analizados los principios del Derecho de la Unión habría que plantearse como afectan estos a las Directivas¹¹⁰ ya que el presente estudio se analizara la Directiva 2001/23 y como se recogen sus objetivos en los Estados miembros y concretamente en el ordenamiento jurídico español.¹¹¹

2.1.- Eficacia directa

Las Directivas están en principio desprovistas de efecto directo, siempre que el Estado miembro en cuestión haya cumplido correctamente en el plazo establecido, con el contenido y objetivos de la Directiva. Cuando el Estado cumple con sus obligaciones en plazo, los derechos u obligaciones potencialmente previstos en la Directiva, estos emergen a través de la norma nacional de transposición. Lo que es crítico es que el Estado miembro destinatario asegure el resultado fijado, es una obligación imperativa impuesta por el Tratado a los Estados miembros. (Asuntos *Verbond van Nederlanse*¹¹² y *Linster*¹¹³)¹¹⁴

110.- MARSON, J. y FERRIS, K.: "The transposition and efficacy of EU rights. Indirect effect and a coming of age of state liability?" *Business Law Review*, núm. 36 (4), pág 158-168. 2015: Las Directivas son el instrumento legislativo más común de la UE (que prevé la armonización de las leyes en toda la UE y otorga a los Estados miembros un margen de apreciación sobre la forma y la forma que adopta la transposición). En comparación con legislar mediante el uso de reglamentos (que adoptan una uniformidad de enfoque de la ley, pero al hacerlo descuidan las diferencias y las diferentes formas de mecanismos legislativos en los 28 Estados miembros), las Directivas ofrecen el beneficio de permitir a los Estados miembros elegir la más apropiada Forma jurídica que le corresponde, elegir entre los mecanismos de cumplimiento disponibles

111.- Sobre la técnica de la transposición Vadillo mantiene lo siguiente: VADILLO ARNÁEZ, R.: "La incorporación al derecho nacional de las Directivas de la Unión Europea y de las futuras Leyes Marco europeas", *Derecho en Comunitario*, mayo 2005: El Consejo de Estado se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de la idoneidad o no idoneidad de transcribir literalmente los preceptos de una Directiva en la norma nacional de transposición o de alterar el tenor de aquella para adaptar su contenido a los conceptos jurídicos nacionales. Así, señala su Memoria del año 1992, y el dictamen 907/1988, de 12 de marzo: No hay nada que impida, ni nada que obligue a transcribir una Directiva íntegramente. La transposición íntegra de la Directiva es, a veces, imposible, como ocurre cuando....

la Directiva se limita a señalar sus objetivos sin descender a detalles; pero, en otras circunstancias, suele ser lo más práctico, sobre todo cuando se trata de normas técnicas o de regular ex novo una materia.

Esto no significa que, aun disponiendo de una versión oficial de la Directiva al propio idioma, el legislador interno no pueda y deba ajustar la terminología a las exigencias de su propio lenguaje jurídico, más que por razones lingüísticas, para mantener la identidad de los conceptos, y así lo ha recomendado este Consejo en numerosos dictámenes. En definitiva, la idoneidad de ajustarse en todo caso a los términos y redacción literal de los preceptos de la Directiva dependerá, en cada caso, de la concreción de su contenido y del ajuste a la técnica, conceptos y lenguaje jurídicos nacionales. Así, en el dictamen 3527/2000, de 14 de diciembre, el Consejo de Estado recomienda seguir las dos técnicas en diferentes apartados de un mismo artículo, tomando como base el principio de seguridad jurídica, para señalar: Así pues, la función que corresponde a las autoridades nacionales, y, eventualmente, al legislador, es diferente con relación a la incorporación de lo previsto en el apartado primero del artículo 11 que con relación al apartado segundo. En el primer caso, la norma comunitaria es clara y concreta; en el segundo, por contra, la incorporación del precepto supone también la exigencia de determinar de forma más precisa su alcance.... . Es, pues, el principio de seguridad jurídica el que obliga, no a transcribir el precepto de la Directiva, sino a dotarle de un alcance concreto..... Ciertamente, el deber de incorporar una Directiva no comporta la obligación de transcribir sus términos literalmente.

En esta línea, el dictamen 3527/2000, señala que “no siempre es aconsejable transcribir en su literalidad el contenido de la Directiva de cuya transposición se trata, tal y como ha puesto de manifiesto este Consejo en dictámenes anteriores”, añadiendo el dictamen 1957/2002, de 25 de julio, “...la incorporación de las Directivas comunitarias al Derecho español no ha de hacerse de modo servil, sino razonado. Lo precedente es utilizar la Directiva para, con la pertinente pericia y buena fe, emplear los conceptos jurídicos nacionales más adecuados para cumplir la obligación de resultado. Es nocivo, en cambio, ... repetir las expresiones de las Directivas...soslayando el deber de trasladar conceptos de un ordenamiento a otro

112.- STJUE de 1 de febrero de 1977, Asunto *Verbond van Nederlanse* C-1977, 51/76

113.- STJUE de 19 de septiembre de 2000, Asunto *Linster*, C-287/98

114.- AÑÓN CALVETE, J.: “Primacía del Derecho de la Unión Europea...” op. últ. Cit: Las Directivas no son aplicables por sí mismas de forma directa, sino a través de la norma interna que las traspone, no obstante, lo cual el TJUE ha consagrado el denominado “efecto útil” de la Directiva en aquellos casos en que un Estado haya incumplido el plazo que tenía para la trasposición o lo haya hecho de forma incompleta o deficiente.

A partir de la década de los setenta (Asunto Van Duyn¹¹⁵), el TJUE se concentra en la eficacia de las Directivas, fuente particularmente *sui generis* del ordenamiento jurídico comunitario, dejando progresivamente bien sentado que una vez finalizado el plazo de transposición o de ejecución las Directivas podrían ser directamente aplicadas en los Estados miembros en supuestos de falta de ejecución o de ejecución incorrecta, siempre y cuando su contenido fuese incondicional y suficientemente claro y preciso.

El Tribunal introdujo en el terreno de las Directivas una matización esencial respecto de su posición mantenida con relación a las disposiciones del Tratado consideradas directamente aplicables y a los reglamentos, matización consistente en partir de la premisa de que el efecto aplicativo, en el caso de las Directivas, sería el resultado de una situación de incumplimiento por parte de los Estados miembros de su obligación de ejecutarlas correctamente en su Derecho interno dentro del plazo fijado. (Asunto Felicitas Rickmers¹¹⁶)¹¹⁷

El TJUE se funda en el carácter obligatorio del contenido de la Directiva para el Estado miembro, de ahí que el Estado tenga que soportar la alegación de los derechos que la Directiva reconoce a los particulares, si el propio Estado incumple sus obligaciones en relación con el contenido de la Directiva, es decir además de la obligación de transponer la Directiva, el Estado no se puede desentender de las obligaciones que le incumban directamente ante los particulares excusándose en que no ha transpuesto la Directiva. En consecuencia, el Estado miembro que no ha adoptado, en los plazos previstos, las medidas de ejecución impuestas por una Directiva, no puede oponer a los particulares el incumplimiento, en que él mismo ha incurrido. Por tanto, no puede seguir aplicando una norma interna que tenía que

115.- STJUE de 4 de diciembre de 1974, Asunto Van Duyn C-41/74

116.- STJUE de 5 julio de 1982, Asunto Felicitas Rickmers, C-270/81

117.- LINDE PANIAGUA, E y MELLADA, P. Iniciación al Derecho de la Unión Europea. 5ª Edi. Colex. 2010; ALONSO GARCIA, R.: Sistema jurídico de la Unión Europea... *op. ult. cit.*

haber eliminado o modificado para adaptarla a la Directiva, esta debe prevalecer sobre toda disposición nacional no conforme a la Directiva ¹¹⁸

Este efecto vertical de las Directivas por el particular ante el Estado abarca un concepto de Estado amplio, considerándose de esta forma las administraciones públicas, estatales, autonómicas, provinciales, locales e institucionales, como así se recogió en el asunto Constanzo.¹¹⁹ Igualmente alcanza al Estado aunque en un supuesto actúe como particular (Asunto Marshall¹²⁰) ya que aunque actúe de forma análoga a la de un empresario, no puede sacar ventaja de haber ignorado el Derecho comunitario. El TJUE ha llegado a considerar en el asunto Foster¹²¹ que las disposiciones de una Directiva susceptible de tener efectos directos se pueden invocar ante un organismo que, cualquiera que sea su forma jurídica, ha sido encargado en virtud de un acto de autoridad pública de cumplir, bajo el control de esta última, un servicio de interés público y que disponga a ese fin, de poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares.

Esta relación vertical funciona únicamente en una dirección, es decir que como la Directiva es obligatoria únicamente para el Estado, en el supuesto de que imponga obligaciones a los particulares, el Estado no puede exigir el cumplimiento de tales obligaciones a los particulares afectados, ya que no puede hacer cumplir una Directiva que él mismo no ha respetado (Asuntos Pretore de Saló¹²² y Kolpinghuis Nijmegen¹²³) En dichas sentencias también se matiza que además de no poderse dar

118.- MISCHO, J.: Conclusiones del Abogado General, apartado 52 en el asunto de 22 de febrero de 1990, Busseni, C-221/88

119.- STJUE de 22 de junio de 1989, Asunto Constanzo, C-103/88

120.- STJUE de 26 de febrero de 1986, Asunto Marshall, C-152/84

121.- STJUE de 12 de junio de 1990 Asunto Foster, C-188/89

122.- STJUE de 11 de junio de 1987, Asunto Pretore de Saló, C-14/86

123.- STJUE 8 de octubre de 1987, Asunto Kolpinghuis Nijmegen, C- 80/86

el efecto vertical inverso, tampoco se puede dar el efecto horizontal, creando obligaciones para particulares con respecto a otros particulares. La doctrina del TJUE sobre la eficacia directa arranca, como vimos en su momento, íntimamente ligada a la precisión e incondicionalidad de su contenido a la hora de configurar derechos en favor de los particulares.

Una variante de esta doctrina consistente en centrar la eficacia aplicativa exclusivamente en su aptitud para generar derechos en favor de los particulares, vendrá dada por el asunto Becker¹²⁴ cuando las disposiciones de una Directiva, sostendría el TJUE, son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas a falta de medidas de ejecución dentro del plazo, en contra de toda disposición nacional no conforme con la Directiva o incluso en cuanto sean idóneas para definir derechos que los particulares están en condiciones de hacer valer frente al Estado. Así pues, a partir de Becker, se admite la aplicabilidad no sólo de las disposiciones de una Directiva cuando generan derechos subjetivos en favor de los particulares, sino en general, de cualquier disposición de una Directiva, generadora o no de derechos subjetivos, que el particular tenga interés en invocar frente a inejecuciones o ejecuciones incorrectas.

No obstante lo cual, el Tribunal siguió poniendo especial acento en la necesidad de que la Directiva fuera incondicional y suficientemente precisa, caracteres éstos referidos a disposiciones no sujetas a ninguna condición ni subordinadas, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto de las instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros, incondicionalidad, y que impongan una obligación en términos inequívocos, precisión, (Asunto Difesa della Cava¹²⁵).¹²⁶

124.- STJUE de 19 de enero de 1982 Asunto Becker, C-8/81

125.- STJUE de 23 de febrero de 1994, Asunto Difesa della Cava, C-236/92

126.- ALONSO: Habría que esperar, sin embargo, casi veinte años, para ver cómo el Tribunal de Justicia resucitaba la referida doctrina en el asunto Kraaijeveld (1996): «Por lo que se refiere al derecho de un particular a invocar una Directiva y a la facultad del Juez nacional de tomarla en

Alguna autora recalca del efecto de exclusión al invocar la Directiva, manteniendo que aunque el TJUE entiende que si bien una Directiva no puede por sí sola crear obligaciones a cargo de un particular, esa jurisprudencia no se aplica a los casos de incumplimiento de la Directiva sobre reglamentaciones técnicas, pues la infracción de la obligación de notificar da lugar a la inaplicabilidad del reglamento técnico (Asunto Unilever¹²⁷) En consecuencia, en la sentencia CIA security¹²⁸ y Unilever, se legitima a un particular para invocar frente a otro particular, una disposición de una Directiva que le perjudica; al pretender excluir la aplicación de una norma nacional incompatible con la Directiva y no la aplicación de la misma del contenido de la Directiva (Asunto Johannes Martinus Lemmens¹²⁹).¹³⁰

consideración, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que sería incompatible con el efecto imperativo que el artículo 189 [actual 288 TFUE] reconoce a la Directiva excluir, en principio, que la obligación que ésta impone pueda ser invocada por los particulares». «En particular», continuó el Tribunal, «en los casos en los que, a través de una Directiva, las autoridades comunitarias hayan obligado a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto quedaría debilitado si se impidiera al justiciable invocarlo ante los Tribunales y si los órganos jurisdiccionales nacionales no pudieran tomarlo en consideración, como elemento del Derecho Comunitario, para verificar si, dentro de los límites de la facultad de que dispone en cuanto a la forma y los medios de ejecutar la Directiva, el legislador nacional ha respetado los límites del margen de apreciación trazado por la Directiva (véase la sentencia VNO)». «La circunstancia de que en el presente caso», concluyó, «los Estados miembros dispongan de un margen de apreciación no excluye, sin embargo, la posibilidad de efectuar un control jurisdiccional, a fin de verificar si las autoridades nacionales han sobrepasado dicho margen de apreciación». ALONSO GARCIA, R.: Sistema jurídico de la Unión Europea... *op. últ. cit.*

127.- STJUE de 26 de septiembre de 2000, Asunto Unilever Italia, C-443/98

128.- STJUE de 30 de abril de 1996, Asunto CIA Security International, C-194/94

129.- STJUE de 16 de junio de 1998. Asunto Johannes Martinus Lemmens, C-226/97

130.- VÁZQUEZ ORGAZ, J.: "La eficacia directa de las directivas comunitarias" *Derecho en Comunitario*, octubre 2002; MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J.: Instituciones y Derecho... *op. últ. cit.*

El llamado efecto de exclusión hace alusión a que no se pretende directamente el reconocimiento de un derecho, sin embargo, se invoca por los particulares una disposición de una Directiva para excluir la aplicación de norma o actos nacionales. La invocación se hace más al amparo del principio de la primacía, frente al efecto de sustitución, cuyo fundamento es el principio del efecto directo. A ese efecto de exclusión se refiere el TJUE en la sentencia del asunto *Linster*¹³¹ cuando declara que sería incompatible con el efecto imperativo que esta disposición (el artículo 288 TFUE) reconoce a la Directiva excluir en principio, la obligación que esta impone pueda ser invocada por los interesados. Por todo ello, se puede observar que la doctrina de la eficacia directa descansa en su obligatoriedad y por tanto en la primacía del Derecho de la Unión. Eficacia directa y primacía han sido calificadas como el anverso y el reverso de un mismo concepto. El principio de cooperación leal (artículo 4.3 TUE) preside siempre la obligación de cumplimiento de una Directiva, incluso al expirar el plazo dado al Estado para su correcta ejecución. El Estado miembro en su sentido amplio, incluyendo las administraciones públicas y los jueces, están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado fijado en la Directiva¹³², ningún poder público puede desentenderse del

131.- STJUE de 19 de septiembre de 2000, Asunto *Linster*, C-287/98

132.- SALA, P.: “La falta de transposición de una Directiva puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad patrimonial frente a terceros”, *Conflegal*, noviembre, 2016: En efecto; las Directivas, como instrumentos normativos de resultado que son y por consecuencia de su efecto directo tan pronto se produzca (por transposición correcta al Derecho interno o por su falta), son susceptibles de potenciar los derechos de los particulares, sean personas físicas o jurídicas y ampliar sus posibilidades de reclamación frente al Estado.

Los efectos son verticales ascendentes (el que corresponde al particular o a los operadores económicos frente al Estado o, en términos generales, frente a los poderes públicos) y descendente (el que no pueden utilizar esos poderes públicos contra los particulares y operadores económicos en caso de incumplimiento del deber de transponer al Derecho interno el contenido claro, concreto e incondicional de la Directiva de que se trate). Pero, además, la falta de transposición de una Directiva –o su incorrecta transposición– pueden hacer incurrir al Estado que hubiera caído en tales infracciones en responsabilidad patrimonial frente al sujeto de derecho que hayan sufrido daños por ellas provocados.

del contenido de la Directiva tanto si ha sido transpuesta como si no lo ha sido y puede ser irrelevante que en el litigio estén enfrentados particulares (apariencia de horizontabilidad).

2.1.- Primacía

Como se ha podido observar, las obligaciones derivadas de una Directiva se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, comprendidas en el marco de sus competencias, las autoridades jurisdiccionales. De esta forma el TJUE mantiene que los jueces nacionales cuando aplican el derecho nacional están obligados a interpretarlo ateniéndose a las normas de la Unión, ya sean directamente aplicables o no, Por esta vía se está aproximando al reconocimiento indirecto del efecto horizontal, manteniendo de esta forma el carácter obligatorio de las Directivas y su primacía sobre el derecho nacional.

De haber una falta de transposición o una transposición indirecta de una Directiva se traslada a los jueces, la obligación de tomar las medidas necesaria para alcanzar en el litigio concreto, el resultado querido por la Directiva, ya tengan efecto directo sus disposiciones o no lo tengan, de esta manera, el juez en nombre del Estado, deberá hacer todo lo posible para que se respeten las obligaciones adquiridas por el

Estado alcanzando los efectos materiales de la Directiva. (Asunto B.Pfeiffer¹³³). Este mandato a los jueces nacionales tiene algunos limites, como los principios de legalidad penal e irretroactividad. El punto de partida debe ser la presencia de una Directiva y de normativa interna a interpretar conforme a aquélla; pues si no hay norma interna, no hay nada que interpretar conforme a la Directiva, y el discurso se debe plantear, en su caso, en términos de eficacia directa.

133.- STJUE de 5 de octubre de 2004, Asunto B.Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01

Ello, entendido de que: 1) el juez nacional debe tomar en consideración el conjunto de normas del Derecho nacional (Asunto Pfeiffer), incluso preexistente (Asunto Marleasing¹³⁴), y no sólo la legislación adoptada para ejecutar la Directiva de que se trate, por lo que el principio de interpretación conforme sí podría, en tal contexto, servir para cubrir de manera integradora supuestos de laguna legal; 2) ha de tratarse de Derecho nacional vigente y pertinente, principio de interpretación conforme establecido por el TJUE en el asunto Sørge,¹³⁵ no puede conducir a que se apliquen al litigio ante el tribunal remitente normas nacionales que no son formalmente válidas ni pertinentes tanto “*ratione materiae* como *ratione temporis*”.

De esta forma, la presencia de una Directiva exige su toma en consideración antes de proceder a interpretar el Derecho nacional. Esto es, no se trata de interpretar el texto nacional aisladamente y, en caso de duda, acudir a la lectura del texto europeo, sino de interpretar el texto nacional, desde el comienzo, de conformidad con la Directiva. Así pues, se pueden llegar a considerar contrarias al Derecho de la Unión normas nacionales que, aun siendo susceptibles de una interpretación conforme tras un intenso esfuerzo hermenéutico del juez nacional, también sean susceptibles, al margen de dicho esfuerzo, de una interpretación contraria al Derecho de la Unión.

Resumiendo, las consecuencias prácticas que son relevantes para el presente estudio de los principios analizados serían los siguientes:

- Los derechos y obligaciones creados por normas de la Unión directamente aplicables son exigibles a todos y por todos los poderes públicos y además en las relaciones entre particulares.

134.- STJUE de 13 de noviembre de 1990, Asunto Marleasing, C-106/89

135.- STJUE de 24 de junio de 2010, Asunto Sørge, C-98/09

- Los derechos reconocidos, de forma precisa e incondicional, en una Directiva no ejecutada o ejecutada incorrectamente, a cargo de los poderes públicos, cualquiera que sea la forma jurídica de actuación y el régimen jurídico, son exigibles en todo momento a los poderes públicos administrativos y judiciales.¹³⁶
- Tiene que ser excluida la aplicación de las normas internas, de cualquier naturaleza, que contradigan a una norma de la Unión, este mandato es objetivo para todos, particulares, órganos judiciales y administrativos.
- La norma de la Unión sustituye a la norma nacional en caso de contradicción.
- Las jurisdicciones nacionales son las competentes para proteger los derechos reconocidos por el ordenamiento de la Unión. Todo juez nacional puede aplicar de oficio las normas de la UE.
- El ordenamiento de la Unión faculta a todos los jueces para examinar la compatibilidad de la ley interna con la norma de la UE (control difuso o descentralizado) y, llegando el caso, inaplicar la ley interna (cualquiera que sea, incluso de carácter penal)
- Todo juez nacional está obligado a interpretar el Derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad del Derecho de la unión y, en consecuencia, el particular tiene derecho a pedir esa interpretación a la luz de normas de la UE, tengan o no efecto directo y en las relaciones entre particulares.¹³⁷

136.- GARRIGA, A. y SERRET, P.: "Cómo hacer valer los derechos que una directiva me reconoce. especial consideración de la cuestión prejudicial" *Cuandernos practicos Economist&Jurist*, 2003

137.- MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho... op. últ. cit.*

CAPÍTULO III.- CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA SUCESIÓN EMPRESARIAL

1.- ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

1.1.- Evolución de la Directiva

1.2.- Evolución de la jurisprudencia

1.3.- Valoración general de la jurisprudencia comunitaria

2.- ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

2.1.- Desarrollo del artículo 44 ET

2.2.- Tipos de negocio que pueden generar la sucesión empresarial

2.3.- Empresa, centro de trabajo y Unidad Productiva Autónoma:

2.4.- Entidad económica

2.5.- Sucesión de plantilla

2.6.- Subrogación obligada por convenio colectivo

2.7.- Subrogación obligada por pliego o concurso

2.8.- Subrogación obligada por acuerdo entre cedente y cesionario

2.9.- Matizaciones relevantes de la jurisprudencia

2.9.1.- Reversión de la actividad

2.9.2.- Compra de Acciones:

2.9.3.- Alta Dirección

2.10.- ¿Qué ocurre si no cabe aplicar el artículo 44ET?

3.- DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL. VALORACION

3.1.- Aspecto subjetivo de la configuración jurídica de la sucesión de empresa

3.2.- Aspecto objetivo de la configuración jurídica de la sucesión de empresa

3.3.- La entidad económica

3.4.- La sucesión de plantilla

3.5.- La subrogación obligada por convenio colectivo

3.6.- La sucesión de activos o de bienes

3.7.- Pliegos, concursos, acuerdos privados y las reversiones

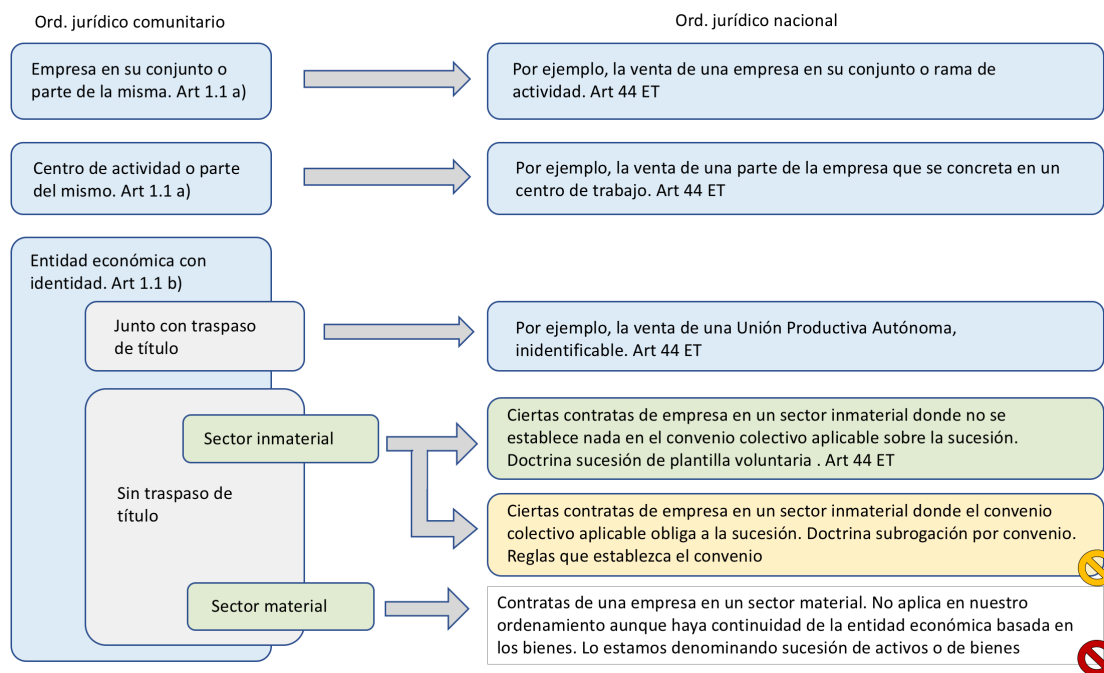
CAPÍTULO III.- CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA SUCESIÓN EMPRESARIAL

En el presente capítulo se va a analizar qué se entiende por sucesión empresarial, tanto en el ordenamiento jurídico europeo como en el nacional. Avanzamos que a título general la potencial sucesión tendrá lugar, o no, dependiendo de tres aspectos que hay que analizar en cada caso en concreto, que son el acuerdo entre partes (que pueden ser varias), el cambio de titularidad (si hay transmisión, sucesión o nada) y la unidad de referencia (el objeto), este círculo entrelazado, como veremos, ha sido y es un círculo complejo, cuyo análisis en ocasiones solo se puede centrar en indicios, y que como se analizará, busca entender si ha habido una sucesión empresarial en general; aunque en alguna de estas tres partes falte algún aspecto de la sucesión de empresas para en el asunto en cuestión.

Son tres aspectos entrelazados porque la unidad de referencia puede depender de si hay un cambio de titularidad o no, de si hay acciones que tome cada parte e incluso si se sigue con la actividad de dicha unidad o no¹³⁸. Es un análisis complejo que ha suscitado y sigue suscitando mucha controversia y que como veremos a continuación el ordenamiento jurídico nacional no termina de estar totalmente alineado con el comunitario, lo que puede llevar a un trato desigual a los trabajadores afectados en ciertas situaciones y que resumimos de forma general en el siguiente cuadro¹³⁹:

138- De esta forma, nos podemos encontrar ante una transmisión “pura” donde se acuerda una compra-venta, se transmiten la propiedad, los bienes, y el nuevo propietario se subroga en los contratos de trabajo, en este caso no habría dudas de que se ha producido una sucesión de empresa. No obstante, también puede ocurrir que falte algún aspecto de este círculo (por ejemplo, se transmiten los bienes, pero no se subroga el nuevo propietario en los contratos de trabajo), entonces el análisis que los tribunales tienen que llevar a cabo es entender si en base a los indicios existe realmente una sucesión o no, evitando de esta forma potenciales fraudes de Ley.

139.- Dulanto, R. febrero 2017.



- A la izquierda del cuadro los supuestos que se pueden considerar sucesión de empresa en la Unión Europea de forma genérica y los artículos de la Directiva en los que se ampara.

- A la derecha cómo se traducen dichos supuestos y dónde se regulan dentro de nuestro ordenamiento. Se puede observar que la empresa y parte de esta no genera discrepancias. El centro de actividad podría estar a medio caballo entre un centro de trabajo y una UPA, no obstante, tampoco genera dificultad el asumir dicho concepto que, de hecho, se lleva haciendo décadas en España. El tercer supuesto es donde se empiezan a desalinear los ordenamientos jurídicos, de esta forma si la entidad económica va junto con un título, es decir si le acompaña una transmisión de bienes basado en un negocio jurídico no habría mayor problema, se equipararía a la UPA, el problema comienza cuando no hay esa transferencia de título y únicamente se ha dado una sucesión de dicha entidad económica, lo que vienen a ser ciertas externalizaciones y las contratas de servicios. Como veremos el tratamiento es desigual en ambos ordenamientos jurídicos, incluso a pesar de los esfuerzos del TS de acatar alguna de la doctrina del TJUE.

Aunque esta discrepancia solo afecta a un área, a las contratas de servicios, en el mercado es una de las situaciones que se pueden dar con más frecuencia (Vid supra, cap. I, apartado 1), la externalización está muy presente en nuestro tejido empresarial, y la sucesión de contratas en estos casos son la fase siguiente al primer contrato de externalización, las cuales se suelen repetir en el tiempo de forma periódica, cada vez que un contrato llega a su término o expiración. Por todo esto, se ha de analizar primero cómo se recoge la sucesión empresarial en el ordenamiento jurídico comunitario (apartado 1); después cómo se ha traspuesto la Directiva en nuestro ordenamiento jurídico (apartado 2); revisando las distintas doctrinas, y por último analizar si existentes divergencias entre ambos ordenamientos y la valoración de las mismas (apartado 3).

1.- ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO

El ordenamiento jurídico comunitario ha experimentado a lo largo de los años ciertas modificaciones, matizando aspectos relevantes para la sucesión de empresas, de esta forma se analizará la evolución de la Directiva (apartado 1.1); la evolución de la jurisprudencia (apartado 1.2); y la valoración general de la jurisprudencia comunitaria (apartado 1.3).

1.1.- Evolución de la Directiva

Para dar con la clave de qué es lo que entiende el Derecho de la Unión por una sucesión empresarial, ha de contrastarse, en primer lugar, qué quiere proteger, que viene a ser la sucesión de la unidad de referencia, y, en segundo lugar, cómo matiza dicha unidad a través de la jurisprudencia acontecida a lo largo de los años. Este segundo punto, el de la jurisprudencia, junto con la evolución del mercado, es lo que precisamente ha hecho que se hayan publicado distintas Directivas sobre el tema. Dicha jurisprudencia ponía y pone de manifiesto la complejidad del mero hecho de entender en que consiste dicha sucesión empresarial. (Vid infra cap. III, apartado 1.2).

Se han adoptado distintas Directivas que han regulado esta situación durante los años, partiendo de la Directiva 77/187/CEE, pasando por la Directiva 98/50/CE, por la que se modificaba la Directiva 77/187/CEE así como su título y finalmente la Directiva 2001/23/CE¹⁴⁰.

La sucesión empresarial, y el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los casos de traspasos de empresas, centros de actividad o partes de empresas o de centros, fueron objeto de regulación en el ámbito comunitario por vez primera con ocasión de la adopción de la Directiva 77/187/CEE. Esta norma anunciada en el Primer Programa de Acción Social de la Comunidad Económica Europea¹⁴¹, fue aprobada por unanimidad, con fundamento jurídico en los artículos 100¹⁴² y 117¹⁴³ del Tratado de Roma¹⁴⁴. Junto a ella, se aprobarían otras dos Directivas, la 75/129/CEE sobre despidos colectivos y la 80/897/CEE, sobre protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia empresarial.

140.- Directiva 77/187/CEE... *op. últ. cit.*; Directiva 98/50/CE... *op. últ. cit.*; Directiva 2001/23/CE... *op. últ. cit.*

141.- Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, DO nº C 13 de 12.02.1974; MIRANDA BOTO, J.M.; *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009. Este autor llama la atención sobre el caso terminológico que impregna este primer programa en el que se aprecia una superposición entre medidas y acciones.

142.- Art. 100 TCEE: “El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común.”

143.- Art. 117 TCEE: “Los Estados miembros convienen en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso. Asimismo, consideran que dicha evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.”

144.- Tratado de Roma: Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957.

Analizándolas con perspectiva historia, la Directiva 77/187/CEE, ha sido de las tres, la que ha ejercido una mayor influencia en los sistemas nacionales de Derecho del Trabajo. También ha sido la que ha dado lugar al mayor número de pronunciamientos por parte del TJUE, la mayoría de los cuales trajo causa en cuestiones prejudiciales promovidas por los tribunales laborales de los Estados miembros de la Unión Europea.¹⁴⁵

En los considerandos de la Directiva 77/187/CEE ya se determinaba que eran necesarias disposiciones para proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en concreto era necesario garantizar el mantenimiento de sus derechos. Ello es así porque se estableció el objeto de aproximar las legislaciones de los distintos Estados miembros dado que subsistían diferencias en lo que se refería al alcance de la protección de los trabajadores en este ámbito y por ello convenía reducir tales diferencias, ya que estas podían tener una incidencia directa sobre el funcionamiento del mercado común.

La regulación establecía el marco para los casos, dentro del ámbito de aplicación territorial del Tratado, en los que había una cesión contractual o una fusión que implicaba una transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario.

El pilar de dicha regulación de la transmisión empresarial, mantenía los siguientes criterios:

- Después del traspaso, el cesionario mantendría las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de la expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de la aplicación de otro convenio colectivo.
- Los Estados miembros podrían limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo por el transcurso del tiempo, pero éste no podría ser inferior a un año.

145.- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa y las Relaciones Laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo y asuntos sociales. Madrid 2001.

- El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de centro de actividad, no constituiría en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impediría los despidos que pudieran producirse por razones económicas, técnicas o de organización, que impliquen cambios en el plano del empleo.
- Se consideraría cedente, cualquier persona física o jurídica que, a causa de un traspaso en el sentido de la Directiva, perdiera la condición de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte del centro de actividad.
- Sería cesionario, cualquier persona física o jurídica que, a causa de un traspaso en el sentido de la Directiva adquiriera la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte del centro de actividad.
- La cesión se aplicaría a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión.
- Situación en la que quedaría la representación de los trabajadores y las obligaciones de información a estos.

No obstante, el establecer qué tipo de negocio jurídico se consideraba cesión según la Directiva fue un tema primordial, y llevaría varios años el esclarecerlo. Este fue uno de los aspectos que impulsaría a la modificación de la Directiva y su posterior derogación, por lo que es crucial entender cómo se delimitaba el concepto de traspaso según la jurisprudencia de la época. De esta forma posiblemente la sentencia más relevante fue la del asunto Schmidt (Vid infra, cap. III, apartado 1.2).

Posteriormente, con la aprobación de la Directiva 98/50/CE, además de cambiar el título de la Directiva 77/187 a “sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad”, añadiendo el concepto de “partes de empresas”, se

intentaría esclarecer ciertos puntos de la Directiva 77/187/CEE, entre ellos los siguientes:

- Aclaración del concepto de traspaso a la luz de jurisprudencia del TJUE, añadiendo el apartado b) al artículo 1.1, en este nuevo apartado se establecía que se considerará traspaso en el sentido de la presente Directiva a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, que permitan llevar a cabo una actividad económica, ya fuera esencial o accesorio. Este punto es de suma importancia.
- Confirmación de que la Directiva debería aplicarse a las empresas privadas y públicas que lleven a cabo actividades económicas con o sin ánimo de lucro.
- Aclararía el concepto de trabajador a la luz de la jurisprudencia comunitaria.
- Se reafirmaría que para garantizar la supervivencia de las empresas insolventes debería permitirse expresamente que los Estados miembros no aplicaran los artículos 3 y 4 de la Directiva 77/187/CEE a los traspasos efectuados en el marco de procedimientos de liquidación, y que debería permitirse algunas excepciones a las disposiciones generales de la Directiva en caso de traspasos efectuados en el contexto de procedimientos de insolvencia.
- Establecería que dichas excepciones debían permitirse también a un Estado miembro que tuviese procedimientos especiales para promover la supervivencia de empresas que hubieran sido declaradas en situación de crisis económica.
- Aclaración de las circunstancias en las que se protegerían la función y la situación de los representantes de los trabajadores.
- Garantizaría que se deberían cumplir las obligaciones de información y de consulta establecidas por la Directiva 77/187/CEE, con independencia de que fuera el empresario, o una empresa bajo su control, el que tomase la decisión de traspaso.

- Confirmaría que convenía aclarar que cuando un Estado miembro tomaba medidas para que el cesionario estuviese informado de todos los derechos y obligaciones que se transferían, el no facilitar esta información no afectaría a la transferencia de los derechos y obligaciones considerados.
- Detallaría qué hacer en las circunstancias en las que debía informarse a los trabajadores cuando no hubiese representantes de éstos.

La reforma de la normativa comunitaria sobre traspasos de empresas que se llevó a cabo por la Directiva 98/50/CE ha merecido una desigual valoración en el seno de la doctrina. De esta forma, un sector doctrinal habría considerado que no se trataba de una simple modificación, sino de una nueva regulación que afectaba al propio título de la Directiva y que daba nueva redacción a los artículos del 1 al 7 de la misma; precisamente en estos artículos se contenían los aspectos fundamentales de la norma. En este sentido, se consolidó un criterio jurisprudencial restrictivo y se corrigieron algunos de los aspectos garantistas contruidos por la jurisprudencia comunitaria, al tiempo que se abrirían importantes posibilidades a los Estados miembros para incorporar significativas exclusiones de su ámbito de aplicación. Por el contrario, otros autores considerarían que, pese a tratarse de una reforma extensa, esta debía calificarse como relativamente intensa, pues las estructuras normativas básicas del sistema de protección en caso de transmisión de empresas, enunciadas en 1977, no habían experimentado cambios relevantes. Es decir, se consideraba que los cambios introducidos tenían más bien un alcance aclaratorio, de corrección y ajuste técnico¹⁴⁶.

146.- MORENO GENÉ J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003; MARÍN CORREA: "La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva 2001/23/CE", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº48, 2002, p. 95.; RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "Transmisión de empresas y derecho europeo", en AA.VV. *La transmisión de empresas en Europa*, Cacucci, Bari, 1999, p. 31.

Se ha de considerar, seguramente, que el cambio que introdujo la Directiva 98/50/CE es crítico en un punto concreto, ya se entendiese como una nueva regulación o como una reforma aclaratoria (ya que el concepto estaba vivo en la jurisprudencia del TJUE), pero lo cierto es que se matizó un punto de gran calado que es precisamente el que define la unidad de referencia a efectos de la sucesión empresarial para la UE.

En este sentido, es en el apartado b) artículo 1.1 donde se establecía que se consideraría traspaso en el sentido de la Directiva el de una entidad económica que mantuviese su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio. Este añadido aclaratorio en la Directiva fue el que plasmó la intención europea de incluir cierto tipo de contratos, los que cumplan unos requisitos, bajo la protección de la misma. La inclusión de este apartado fue el reflejo de la evolución de la jurisprudencia, en la que así mismo confluyen los debates políticos de la época.

Reino Unido fue uno de los Estados miembros con mayor preocupación por la aplicación de la Directiva y por el alcance jurisprudencial que resultaría de la misma. Un destacado autor británico, mantenía que la línea proteccionista adoptada por el TJUE había generado tantas críticas como apoyos y que el aspecto de la jurisprudencia del TJUE que había suscitado mayor controversia era la aplicación de la Directiva al ámbito de la contratación de servicios¹⁴⁷.

La práctica de contratar externamente servicios que hasta la fecha habían sido prestados internamente en la empresa, se había hecho cada vez más frecuente tanto en el sector privado como en el público en muchos Estados miembros. En este sentido la línea "proteccionista" perseguida por el TJUE había llevado a eliminar

147.- HUNT, J.: "Success at last? the amendment of the Acquired Rights Directive". *European Law Review*, 1999, 24(3), 215-230. Centre for the Study of Law in Europe, Department of Law, University of Leeds.

gran parte del atractivo de la contratación como mecanismo de ahorro de costes en los Estados miembros. De esta forma, en el Reino Unido el gobierno conservador había llevado a cabo una política alineada con el mercado sobre la contratación de servicios públicos a nivel de gobierno central y local. Esta política sufriría un impacto serio a raíz de las sentencias del TJUE de principios de los años noventa, cuyas repercusiones fueron rápidamente absorbidas y ejecutadas por los tribunales nacionales del Reino Unido¹⁴⁸.

Alrededor de los años 90, se dictaron tres sentencias que desencadenarían en la aprobación de la Directiva 98/50/CE. Estas sentencias fueron las siguientes¹⁴⁹:

- Asunto Spijkers¹⁵⁰: 18 de marzo de 1986
- Asunto Schmidt¹⁵¹: de 14 de abril de 1994
- Asunto Süzen¹⁵²: 11 de marzo de 1997

A principios de los años noventa, la Comisión emprendió un proceso de revisión de la Directiva 77/187/CEE¹⁵³. La primera propuesta formal de revisión de la Directiva

148.- DAVIES, P.: "Taken to the cleaners? Contracting out of services yet again", 26 *ILJ* 1997; ACKERS, P., MARCHINGTON, M., WILKINSON, A., GOODMAN, J.: "The use of cycles? explaining employee involvement in the 1990s" *Industrial Relations Journal* 1992.

149.- Como se verá (vid infra, cap. II, apartado 1.2), estas tres sentencias matizan el concepto de entidad económica, por la que además de existir en la misma en la empresa, en el centro de trabajo o en la Unidad Productiva Autónoma, también puede existir de forma independiente y que es el cauce para que las contrataciones que, cumplen con las características de dicha entidad económica, queden bajo el amparo de Directiva.

150.- STJUE, de 18 de marzo de 1986, Asunto Spijkers C-24/85.

151.- STJUE de 14 de abril de 1994. Asunto Schmidt, C-392/92.

152.- STJUE de 11 de marzo de 1997 Asunto Süzen C-13/95.

153.-HEPPLE: "Report for the Commission of the European Communities Directorate-General Employment, Industrial Relations and Social Affairs – Main shortcomings and proposals for revision of Council Directive 77/187/EEC", diciembre, 1990.

sobre derechos adquiridos fue presentada por la Comisión en septiembre de 1994¹⁵⁴ La elaboración de este documento fue el resultado de profundos debates entre una serie de partes interesadas, entre ellas expertos, académicos e interlocutores sociales. Estos últimos habían sido invitados a aportar sus puntos de vista sobre un documento anterior. Durante el primer semestre de 1992 se celebraron consultas con la UNICE, ETUC y CEEP. Aunque la propuesta anterior de revisión informal había tratado sobre la aplicación de la Directiva en situaciones de insolvencia, sobre su aplicación en un contexto transnacional y sobre la posibilidad de responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario, la consulta de los interlocutores sociales dejó claro que también había que abordar la cuestión de la subcontratación.

Sobre la base de las conclusiones de un grupo de expertos encargados de analizar la aplicación de la Directiva en el ámbito de la contratación externa, y tras nuevas consultas con los interlocutores sociales en marzo de 1994, la Comisión adoptó la propuesta formal de una Directiva de sustitución que contenía el artículo 1, apartado 1, de "subcontratación". Este artículo estipulaba que "la transferencia de una actividad que vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica que conserva su identidad se considerará una transferencia en el sentido de la presente Directiva. La transmisión de una actividad de una empresa, de una empresa o de una parte de una empresa, haya o no sido realizada previamente directamente, no constituye, en sí misma, una transferencia en el sentido de la Directiva". Excluyendo de esta forma la subcontratación al exigir una transmisión junto a la transmisión de la actividad.

Durante los meses de septiembre y octubre de 1995, la propuesta fue trasladada al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y al Parlamento Europeo para su dictamen. Mientras se formulaban estas opiniones, se produjeron discusiones entre, por un lado, el gobierno británico y las asociaciones de empresarios que

154.- Tengamos en cuenta que como hemos reflejado la Sentencia del asunto Schmidt ve la luz en abril de 1994.

habían estado presionando por una reducción del ámbito de aplicación de la Directiva y, por otro, los sindicatos. La Comisión adoptó una postura formalmente neutral, subrayando que el texto propuesto era meramente una codificación de las decisiones del TJUE. Sin embargo, según el gobierno del Reino Unido, su apoyo a la reducción del ámbito de aplicación de la Directiva fue compartida por muchos, sobre todo por la Comisión. Llamado a explicar la posición del Gobierno del Reino Unido sobre la propuesta de Directiva de sustitución, Lord Inglewood¹⁵⁵ anunció a la Cámara de los Lores británicos que "la Comisión Europea considera que la legislación actual es inapropiada por la forma en que es interpretada por el TJUE, va mucho más allá de la intención que había en el momento en que entró en vigor en 1977. El balance de la opinión es que es apropiado reducir su alcance. Nosotros, en estos bancos, también compartimos esa opinión".

En abril de 1995, tanto el Comité Económico y Social como el Comité de las Regiones habían presentado sus Dictámenes¹⁵⁶, siendo especialmente críticos con el modo en el que el apartado 1 del artículo 1 "socava los derechos de los trabajadores en relación con los objetivos declarados de la Directiva". El Parlamento Europeo, por su parte, jugó sus cartas, esperando, y aparentemente evitando presentar su opinión formal hasta que se hubieran conseguido ciertas concesiones por parte de la Comisión. En enero de 1996, el Parlamento aprobó una Resolución en la que se pedía a la Comisión que se suprimiera el apartado 1 del artículo 1. Doce meses después se anunció que la Comisión estaba dispuesta a dar efecto a la Resolución del Parlamento de 1996. En febrero de 1997, la Comisión retiró la propuesta de 1994 y la sustituyó por una que ya no contenía la controvertida formulación del apartado 1 del artículo 1.

Durante este período de intensas negociaciones, el TJUE continuó siendo requerido a interpretar el ámbito de aplicación de la Directiva vigente. En este sentido se puso de manifiesto que, si bien la batalla política sobre el apartado 1 del artículo 1 pudo

155.-Transcripción del discurso llevado a cabo por el comisionado al parlamento el 16 de enero de 1996.

156.- Economic and Social Committee Opinion adopted March 9, 1995, CES 317/95.

haber llegado a una conclusión aparente, las sentencias del TJUE tenían por efecto conducir el Derecho sobre el ámbito de aplicación de la Directiva a una posición comparable a la inicialmente propuesta por la Comisión.

En enero de 1998, cuando el gobierno laborista del Reino Unido asumió la Presidencia de la Unión Europea situó la adopción de la propuesta en el orden del día, produciéndose un significativo cambio en la posición de algunos de los principales partidarios de la exclusión de la subcontratación. A pesar del aparente éxito del Parlamento Europeo en el artículo 1 (1), el debate sobre este artículo fue reabierto en el Consejo.

En esta ocasión, sin embargo, el debate ya no estaba marcado por una fuerte división sobre la cuestión de la contratación externa. El Gobierno laborista aclaró que, si bien consideraba que sería acertada una aclaración del ámbito de aplicación de la Directiva, no deseaba seguir la postura del gobierno anterior en la búsqueda de una enmienda para reducir la cobertura de la Directiva. Las asociaciones de empresarios estaban apoyando activamente la inclusión de la contratación en la Directiva dada la situación en la que se encontraban algunas empresas, las cuales cuando habían actuado como empresas entrantes en la contrata, habían tenido que subrogarse en los contratos de trabajo obligadas por la jurisprudencia del TJUE y si se pasaba a excluir las contratas de la Directiva, no experimentarían el mismo proceso cuando les tocase ser la empresa saliente, es decir, si perdiesen el contrato de servicio tendrían que reubicar a los trabajadores o afrontar los costes de los despidos.

Aunque hubo consenso sobre la cuestión de la subcontratación, la controversia se mantuvo sobre otras cuestiones. La Directiva de modificación fue adoptada en las últimas horas del mandato de la Presidencia del Reino Unido, el 29 de junio, 1998.

Estas modificaciones no tuvieron, en principio, una larga continuidad ya que a los pocos años se publicó la Directiva que está actualmente vigente, la Directiva 2001/23. No obstante el espíritu de la Directiva 98/50/CE aún está presente pues la norma vigente, la Directiva 2001/23/CE se basa en ella, salvo alguna modificación. En la nueva Directiva 2001/23/CE se ordena su contenido y

sobretudo se deroga la Directiva 77/187/CEE ya que la Directiva 98/50/CE no lo hacía, sino que modificaba la Directiva 77/187/CEE. Igualmente, la Directiva 2001/23 incluye el aspecto de flexibilidad que introdujo la Directiva 98/50 que se ofrecía a los Estados miembros, sobre una serie de cuestiones clave, como la responsabilidad solidaria del cesionario y el cedente, la aplicación de la Directiva en situaciones de insolvencia y la inclusión de la protección de las prestaciones de vejez, invalidez o supervivencia.

Según lo dispuesto en la Directiva 2001/23, los elementos para determinar la existencia de sucesión empresarial son los siguientes¹⁵⁷:

- a) Un elemento subjetivo: consiste en un cambio de titularidad de la empresa en su integridad o totalidad o de un centro de trabajo o unidad de explotación, claramente diferenciado que constituya una unidad socio-económica de producción susceptible de tráfico jurídico. Requisitos que permitan la continuidad de la actividad empresarial, es decir la permanencia de ésta como unidad organizativa de producción.¹⁵⁸
- b) Un elemento objetivo: supone la entrega efectiva del conjunto de elementos productivos que permite la continuidad de la actividad empresarial (elementos materiales, subjetivos, de actividad y clientela). La transmisión que afecte a una entidad económica debe mantener su identidad, entendiendo la misma como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya sea esencial o accesoria.
- c) Tracto directo: existencia de una relación directa e inmediata entre el cedente y el cesionario, lo que supone que la empresa o, en su caso, el centro de trabajo pase de uno a otro titular sin solución de continuidad.

157.- GÓMEZ ARBOS, J: "La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos en la aplicación del artículo 44 ET". *Revista Española del Derecho del Trabajo*. 2016 núm. 185.

158.- No obstante, se admite la sucesión de la entidad económica sin traspaso de título.

En este sentido se ha de mantener que, si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad¹⁵⁹.

1.2.- Evolución de la jurisprudencia

La jurisprudencia del TJUE ha ido marcado el paso para entender cuando nos encontramos ante una sucesión empresarial. No obstante, se suele decir, que dicha jurisprudencia no se ha mantenido estable a lo largo de los años, llegándose a calificar de “oscilante y en ocasiones perturbadora”¹⁶⁰.

Esta ha sido la posición defendida tradicionalmente, la de que la jurisprudencia del TJUE ha sido pendular, defendida por muchos autores tanto a nivel nacional¹⁶¹ como internacional¹⁶², pero es una posición que no compartimos.

159.- Las Directivas han contenido un número limitado de artículos, estableciendo el marco general de la sucesión empresarial sobre como los Estados miembros deben regular la sucesión empresarial, pero el tema es altamente complejo y resulta imposible que en catorce artículos se cubran todos los potenciales supuestos de hecho, por lo que es primordial atender a la jurisprudencia del TJUE para todo lo referente a la sucesión empresarial incluido el apartado del cambio de titularidad.

160.- MORENO GENÉ J.: “*El nuevo régimen jurídico-laboral...*” op. últ. Cit

161.- DESDENTADO BONENTE, A.: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista de Asuntos Sociales*, nº 38, Madrid, 2002.

162.- GARDE, A.: “Recent developments in the law relating to transfers of undertakings.”, *Common market law review*., Durham University, Reino Unido, 2002

En un principio, se consideraba que no había una transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de un centro de actividad por el simple hecho de que su activo fuese enajenado. Así, para llegar a la conclusión de que sí había sucesión empresarial, además de confirmar que en verdad se trataba de una entidad económica existente, había que analizar si el nuevo empresario continuaba o no, con su explotación, valorando los elementos que forman parte de la transmisión, tales como los materiales, edificios, número de trabajadores, cartera de clientes, etc. Después se fue matizando el concepto de entidad económica.

A) Asunto Spijkers:

De esta forma, en el Asunto Spijkers¹⁶³, uno de los más relevantes, donde se revisaba una situación en la que un empleado había sido despedido de un matadero holandés, el Tribunal revisó lo dispuesto en la Directiva 77/187/CEE en su apartado 1 de su artículo 1, con el que se pretendía garantizar la continuidad de las relaciones laborales que existiesen en una entidad económica independientemente de que cambiase su propietario. En dicha revisión se establecía el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión en el sentido de esta Directiva para saber si la entidad en cuestión conservaba su identidad.

Mantén la sentencia, que no podía decirse que existiese una transferencia de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de un centro de actividad por el único hecho de que su activo fuera enajenado. Antes bien, era necesario evaluar si se trataba de una entidad económica todavía existente que había sido enajenada, lo que se deducía sobre todo del hecho de que el nuevo empresario continuase efectivamente su explotación, o se hiciese cargo de ella, realizando las mismas actividades económicas u otras análogas. La sentencia concluía, en este sentido, que para determinar si se daban estas condiciones convenía considerar todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales estaban, sobre todo:

163.- STJUE, Asunto Spijkers... *op. ult. Cit*

- 1.- El tipo de empresa o de centro de actividad de que se tratase.
- 2.- El hecho de que haya habido o no una transmisión de los bienes inmateriales en el momento de la transmisión.
- 3.- El hecho de que el nuevo empresario se hiciese cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se hubiese transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión
- 4.- La duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Sin embargo, conviene precisar que todos estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación que debe hacerse en conjunto y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente.

B) Asunto Watson Rask:

En términos similares, en el asunto Anne Watson Rask & Kirsten Christensen¹⁶⁴ se seguía el mismo criterio, es decir, que el aspecto decisivo para determinar la existencia de una transmisión a efectos de la Directiva consistía en saber si la unidad económica de que se trataba conservaba o no su identidad, lo cual se desprendía, en especial, de la continuación efectiva de la explotación o de su reanudación. En este sentido, es relevante, la matización que se llevaba a cabo sobre que el hecho de que la actividad transmitida sólo constituía para la empresa cedente una actividad accesoria, sin relación necesaria con su objeto social, no daba lugar a la exclusión de dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva

C) Asunto Schmidt

En 1994 el TJUE dictó la sentencia del asunto Schmidt¹⁶⁵, la Sra. Christel Schmidt era

164.- STJUE de 12 de noviembre de 1992, Asunto Anne Watson Rask & Kirsten Christensen, C-209/91

165.- STJUE, Asunto Schmidt... *op. ult. Cit*

una limpiadora empleada de la Spar-und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen (Caja de Ahorros) a cambio de una remuneración mensual a tanto alzado neta cuyo último importe ascendía a 413,40 DM. Limpiaba, sola, los locales de un banco de Wacken, del que se hizo cargo la Caja de Ahorros el 1 de julio de 1990. En febrero de 1992, la Caja de Ahorros rescindió el contrato de trabajo de la Sra. Schmidt alegando que la sucursal de Wacken había sido reformada y ampliada y que la limpieza del nuevo edificio requeriría mucho más tiempo que el acordado con ella hasta ese momento. A continuación, la Caja de Ahorros solicitó a la empresa Spiegelblank, que ya se encargaba de la limpieza de todos los demás edificios de la Caja de Ahorros, que limpiara igualmente, en lo sucesivo, el edificio de la sucursal de Wacken. El 21 de febrero de 1992, la sociedad Spiegelblank propuso a la Sra. Schmidt contratar sus servicios a cambio de una remuneración mensual neta de 520 DM (remuneración superior a la que percibía hasta entonces). Sin embargo, la Sra. Schmidt no estaba dispuesta a trabajar para Spiegelblank a cambio de dicha remuneración, puesto que dado el considerable tamaño de las superficies que había que limpiar, veía en ello una disminución de su retribución horaria.

La Caja de Ahorros, la República Federal de Alemania y el Reino Unido personadas en la causa mantuvieron que las tareas de limpieza de una empresa no podían equipararse con la noción de una parte de un centro de actividad en el sentido de la Directiva 77/187/CEE cuando estas tareas hubieran sido contractualmente transmitidas a una sociedad diferente. Ello, porque la decisión de confiar estos trabajos a otra empresa no había supuesto la transmisión de una entidad económica, ni de locales o elementos de activo. En concreto, cada una de estas partes mencionadas (Caja de ahorros, RFA y RU) alegaba el siguiente razonamiento:

- La Caja de Ahorros alegaba que las tareas de limpieza controvertidas no estaban comprendidas en las actividades principales ni en las accesorias de la Caja y consideraba que la cesión de una ínfima parte de sus actividades no podía constituir un traspaso de una parte de un centro de actividad en el sentido de la Directiva, ni por analogía.

- El Gobierno alemán argumentaba que el concepto de “entidad económica”, utilizado en la jurisprudencia del TJUE desde la sentencia *Spijkers*⁶⁶, implicaba que se persiguiese, en el marco de una organización autónoma (que puede ser una parte de un todo más importante), un objetivo económico bien definido. Quedando excluido, pues, que un elemento aislado, como pueden ser una máquina o un terreno, sea calificado de parte de una empresa, y que pueda ser objeto de traspaso, en el sentido de la Directiva. Por el contrario, las unidades de producción y de servicios en el sentido más amplio estaban comprendidas en el concepto de entidad económica así definido. Así mismo únicamente en el caso de autos, no se trataba de una “entidad económica”, sino únicamente de una decisión de la dirección de empresa consistente en que las tareas de limpieza ya no fuesen realizadas por una empleada de la empresa, sino que se encomendaron a una entidad económica externa.

- El Gobierno del Reino Unido consideraba que el hecho de que una empresa cesara en una actividad, tal como la limpieza de sus propios locales, y pagara en su lugar a otra empresa para que le prestara dicho servicio no constituía en sí un traspaso de empresa, de centro de actividad o de parte de un centro de actividad. Refiriéndose a los criterios desarrollados por la jurisprudencia del TJUE, el gobierno del Reino Unido consideraba que en el caso de autos no había existido traspaso de una entidad económica ni traspaso de locales o de activos. El gobierno del Reino Unido deducía de ello que, aunque no existiese motivo alguno para excluir las tareas de limpieza del tipo de actividades que podían ser objeto de un traspaso en el sentido de la Directiva. No se podía inferir que un simple acuerdo contractual con un tercero para la ejecución de tales operaciones equivaliese a una cesión de un centro de actividad o de una parte de un centro de actividad.

El Tribunal mantuvo finalmente que la Directiva era aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa y, por ello, el cesionario contraía las obligaciones del cedente frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se había transmitido la propiedad de la empresa. Así, la protección prevista por la

Directiva se aplicaba, en concreto, cuando la transmisión sólo afectaba a un centro de actividad o a una parte de un centro de actividad, es decir, a una parte de la empresa. Afectaba entonces a los trabajadores destinados a esta parte de la empresa puesto que la relación laboral se caracterizaba esencialmente por el vínculo que existe entre el trabajador y la parte de la empresa en la que está destinado para realizar su tarea. De este modo, se establecía que cuando un empresario encomendase, mediante contrato, la responsabilidad de explotar un servicio de su empresa, que consistía en efectuar trabajos de limpieza, a otro empresario que por tanto asumía las obligaciones del empresario frente a los trabajadores por cuenta ajena afectados, la operación podía estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva. El hecho de que la actividad traspasada sólo constituía para la empresa cedente una actividad accesoria sin relación necesaria con su objeto social no podía producir el efecto de excluir dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva.

La circunstancia de que la actividad controvertida fuera efectuada por una sola empleada antes de la transmisión no era tampoco suficiente para excluir la aplicación de las disposiciones de la Directiva, pues no dependía del número de trabajadores por cuenta ajena destinados en la parte de la empresa que ha sido objeto de transmisión. La Directiva tenía por objeto, como se desprendía de su segundo considerando, proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular, para garantizar el mantenimiento de sus derechos. Dicha protección se refería a todos los trabajadores por cuenta ajena y por lo tanto debía ofrecerse aun cuando la transmisión sólo afectase a un trabajador.

En la citada sentencia se establecía que tampoco podían acogerse los argumentos de los gobiernos de la República Federal de Alemania y del Reino Unido basados en la falta de transmisión de elementos del activo. El hecho de que la jurisprudencia del TJUE citase la transmisión de los elementos, entre los distintos criterios que se han de tener en cuenta por el Juez nacional para apreciar, en el marco de la evaluación de conjunto de una operación compleja, la realidad de una transmisión de empresa no permitía concluir que la falta de los mismos excluyese la existencia de una transmisión.

Según jurisprudencia del TJUE el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión de una empresa o de una parte de una empresa en el sentido de la Directiva es el del mantenimiento de la identidad de la entidad económica. Según esta misma jurisprudencia, el mantenimiento de esta identidad es consecuencia de que el nuevo empresario continúe efectivamente o retome las mismas actividades económicas o actividades análogas. Así, en el caso del litigio principal, en el que la resolución de remisión aportaba todos los elementos relevantes, la similitud de las actividades de limpieza efectuadas antes y después de la transmisión, que además dio lugar a la oferta de empleo realizada a la trabajadora afectada, constituía un elemento característico de una operación comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y que otorgaba al trabajador por cuenta ajena, cuya actividad había sido traspasada, la protección que le ofrece la Directiva. Por lo tanto, debía interpretarse en el sentido de que estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva una situación, en la que un empresario encomendaba, mediante contrato, a otro empresario la responsabilidad de efectuar los trabajos de limpieza realizados anteriormente de modo directo, incluso si, antes de la transmisión, dichos trabajos eran efectuados por una sola empleada.

D) Asunto Sözen:

En 1997 ve la luz la sentencia del asunto Sözen¹⁶⁶. Muchos autores vieron en esta sentencia una enmienda a la sentencia Schmidt y es otro de los casos que se citan incluso después de la entrada en vigor de la actual Directiva para matizar el concepto de si hay sucesión o no en el ámbito de la prestación de servicios, en concreto cuando se cambia de proveedor. En este asunto, la Sra. Sözen trabajaba para Zehnacker, quien le había destinado a trabajos de limpieza en los locales del

166.- STJUE, Asunto Sözen ... *op. últ. Cit*

Aloisiuskolleg, establecimiento de enseñanza secundaria situado en Bonn-Bad-Godesberg, Alemania, en el marco de una contrata para la prestación del servicio de limpieza celebrada entre este último y Zehnacker. Esta empresa despidió a la Sra. Süzen, así como a otros siete empleados destinados como ella al mantenimiento del citado establecimiento, como consecuencia de la resolución por el Aloisiuskolleg, con efectos a 30 de junio de 1994, de la contrata que lo vinculaba a Zehnacker. Posteriormente, el Aloisiuskolleg encomendó mediante contrata, a partir del 1 de agosto de 1994, la limpieza de sus instalaciones a la empresa Lefarth, interviniente en el procedimiento principal. De la resolución de remisión no se deducía que ésta se hubiera ofrecido a hacerse cargo de los empleados despedidos por Zehnacker. Los puntos más relevantes de la Sentencia son los siguientes:

1.- La inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario o, entre los dos empresarios a los que se han encomendado sucesivamente los trabajos de limpieza de un establecimiento de enseñanza, no podía revestir una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que si pueden constituir un indicio de que no se haya producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva.

2.- La Directiva era aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que asumía las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa. Por lo tanto, para que la Directiva fuese de aplicación, no era necesario que existiesen relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario, pudiendo también producirse la cesión en dos etapas a través de un tercero, como el propietario o el arrendador.

3.- Para que la Directiva fuese aplicable, la transmisión debía referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limitase a la ejecución de una obra determinada. Así, el concepto de entidad remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio.

4.- Para determinar si se reunían los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, había de tenerse en cuenta todas las circunstancias de hecho características de la operación, entre las cuales figuraban, en particular:

- El tipo de empresa o de centro de actividad de que se tratase.
- El que se hubiesen transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles.
- El valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión.
- El hecho de que el nuevo empresario se hiciese cargo o no de la mayoría de los trabajadores.
- El que se hubiese transmitido o no la clientela.
- El grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Sin embargo, estos elementos eran únicamente aspectos parciales de la evaluación que debe hacerse en conjunto y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente.

5.- La mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata fuese similar no era suficiente para afirmar que existía transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no podía reducirse a la actividad de que se ocupaba. Su identidad resultaba también de otros elementos, como el personal que la integraba, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que disponía.

6.- La simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no podía, por sí sola, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva, aunque perdiese un cliente, la empresa de servicios que era anteriormente titular de la contrata no dejaba de existir íntegramente, sin que pudiese considerarse que uno de sus centros de actividad, o una parte de sus centros de actividad, se había cedido al nuevo adjudicatario de la contrata.

7.- Aunque, la transmisión de elementos del activo figurase entre los diferentes criterios que había de tomarse en consideración para determinar si se ha producido realmente una transmisión de empresa, la falta de tales elementos no excluía necesariamente la existencia de dicha transmisión

8.- Para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizaban la operación de que se trataba, el órgano jurisdiccional nacional debía tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se tratase. De ello resultaba que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva variaba necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de actividad de que se tratase. En particular, en la medida en que fuese posible que una entidad económica funcionase, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que era objeto no podía, por definición, depender de la cesión de tales elementos.

En la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejercía de forma duradera una actividad común podía constituir una entidad económica, había de admitirse que dicha entidad podía mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limitaba a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hacía cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. El nuevo empresario adquiriría, en efecto, el conjunto organizado de elementos que le permitiese continuar las actividades o algunas actividades, de la empresa cedente de forma estable.

La mayoría de la doctrina señaló que en esta sentencia se podía apreciar una vuelta a los criterios anteriores a los establecidos en el asunto Schmidt¹⁶⁷, manteniendo que se necesitan elementos significativos del activo material o inmaterial, además se trata el tema de sucesión de contrata y estableciendo que no habría sucesión en los casos en los que una nueva contrata con un segundo no iba acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de dichos elementos significativos.¹⁶⁸

Se ha mantenido, en este sentido que el Tribunal se distancia de la doctrina establecida en el asunto Schmidt, presidida por un concepto espiritualista de la transmisión en el que es decisivo la continuación de las actividades económicas sin necesidad de que esté acompañada de transmisión patrimonial, incorpora para determinar la existencia de traspaso la exigencia de que la transmisión tenga por objeto una entidad económica. Sin embargo, hay que destacar que el distanciamiento de las sentencias comentadas, siguiendo lo dictaminado en el asunto Sützen, respecto a la anterior doctrina es solo parcial y relativo, ya que se incluyen en el concepto de entidad económica el conjunto de trabajadores que ejercen de forma duradera una actividad común, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tareas: cuestión esta que es especialmente relevante en aquellas tareas o prestaciones de servicios cuyo contenido patrimonial es mínimo o inexistente (tales como las tareas de vigilancia, limpieza, atención a domicilio, etc.)¹⁶⁹.

167.- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *"La transmisión de empresa y las Relaciones Laborales..."* Op. últ. Cit

168.- No obstante, cabría hacer una reflexión sobre la sucesión de plantillas ya que es muy significativo que Schmidt tuviera una oferta de trabajo, lo que supone el 100 por 100 de la plantilla, mientras que en el caso Sützen no se sabe si se hicieron ofertas o no, tal como apuntaba el TJUE.

169.- RICARDO MORÓN PRIETO, R.: "Jurisprudencia Social" *Revista Jurídica de la comunidad de Madrid*. 1 de noviembre 1999 nº 5.

Se ha señalado también que el asunto Sützen rectificó la doctrina anterior, afirmando que la mera sucesión en una actividad objeto de contrata no es suficiente para apreciar una transmisión de empresa sino va acompañada de la cesión entre ambos empresarios de elementos significativos del activo material o inmaterial. De esta forma, se vuelve a la noción clásica de la transmisión y se supera, al menos en apariencia, la divergencia entre la doctrina comunitaria y la jurisprudencia nacional. Sin embargo, en la sentencia Sützen se insiste en un elemento que se puede considerar inquietante, ya que en el fundamento 21 la sentencia se señala, desarrollando un criterio parcial de valoración que ya se había mencionado en otras sentencias, que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una “actividad económica” y por ello, “ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea». Y mantiene así superada la divergencia en «las sucesiones de actividad» puede surgir una nueva discrepancia en «las sucesiones de plantilla». ¹⁷⁰

E) Asunto Hernández Vidal

En el asunto Hernández Vidal¹⁷¹ y otros, todavía anterior a la Directiva actual, se revisaba un caso en el que la empresa tenía encomendada el servicio de limpieza a un proveedor y posteriormente decidió volver a encargarse ella misma de la limpieza, se recogía que el mero hecho de que las tareas de mantenimiento fueran efectuadas por la empresa de limpieza y, luego, por la empresa propietaria de los locales, no era suficiente para afirmar que existía, entre la primera y la segunda empresa, una transmisión de entidad económica. En efecto, tal entidad no podía reducirse a la

170.- DESDENTADO BONENTE, A.: “La sucesión de empresa...” *Op. ult. Cit.*

171.- STJUE de 10 de diciembre de 1998. Asunto Hernández Vidal y otros, C-127/96, C-229/96 y C-74/97

actividad que se le había encomendado y su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integraba, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que disponía.

F) Asunto Lorenzo Amatori

A partir de la entrada en vigor de la nueva Directiva se pueden apreciar mayores matices sobre el concepto de empresa, parte de empresa y la entidad económica. Así, en el asunto Lorenzo Amatori y otros¹⁷² se revisan los criterios que se tienen que dar, recogiendo las siguientes matizaciones:

- La Directiva es aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que asume las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa.
- El criterio decisivo es determinar si la unidad de que se trata mantiene su identidad tras su adquisición por el nuevo empresario.
- La transmisión empresarial debe referirse a una unidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada. Constituye tal unidad todo conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, suficientemente estructurada y autónoma.
- De ello se deduce que, para la aplicación de la referida Directiva, la unidad económica de que se trate debe contar, con anterioridad a la transmisión, con una autonomía funcional suficiente, refiriéndose el concepto de autonomía a las facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectado, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo y, más concretamente, han de poder darse órdenes e instrucciones y distribuir tareas entre los trabajadores

172.-STJUE de 6 de marzo de 2014. Asunto Lorenzo Amatori y otros, C 458/12

subordinados pertenecientes al grupo en cuestión; ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario.

- El hecho de que en el artículo 6, apartado 1, párrafos primero y cuarto, conste el término “conservar” implica que la autonomía de la unidad cedida debe, en todo caso, preexistir a la transmisión.

- Si la unidad transferida de que se trata no disponía, con anterioridad a la transmisión, de una autonomía funcional suficiente, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, tal transmisión no estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva. En tales circunstancias, no existiría la obligación que se deriva de dicha Directiva de mantener los derechos de los trabajadores transmitidos.

- La mera falta de autonomía funcional de la unidad transmitida no puede, por sí misma, impedir que un Estado miembro garantice en su Derecho interno el mantenimiento de los derechos de los trabajadores posteriormente al cambio de empresario.

- De ninguna disposición de la Directiva se desprende que el legislador de la Unión haya considerado que la aplicación de esta Directiva esté supeditada a la independencia del cesionario con respecto al cedente¹⁷³.

G) Asunto Temco

En el caso Temco¹⁷⁴, se plantea que un arrendatario de servicios, que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, el cual hacía ejecutar dicho contrato por un subcontratista, resuelve dicho contrato y celebra, con

173.- Revisando de esta forma igualmente el tema de grupo de empresas y la segregación.

174.- STJUE de 24 de enero de 2002. Asunto Temco Service Industries SA, C-51/00

vistas a la ejecución de los mismos trabajos, un nuevo contrato con un segundo empresario; ello cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el segundo empresario, ya que dicho subcontratista despidió a casi todos sus trabajadores pero continuaba existiendo y tratando de realizar su objetivo social, haciéndose cargo el segundo empresario, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal despedido por el subcontratista.

En este asunto se mantenía que en determinados sectores en los que la actividad descansaba fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerció de forma duradera una actividad común podía constituir una entidad económica. Por consiguiente, esta entidad podía mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hacía cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea (sentencia Süzen). Por lo que se refiere a una empresa de limpieza, un conjunto organizado de trabajadores que se hallaban específicamente destinados de forma duradera a una actividad común podía constituir una entidad económica cuando no existieran otros factores de producción (sentencia Hernández Vidal y otros).

Si bien en el asunto Temco se sostuvo en la vista que, el convenio colectivo sectorial, era el que obligaba a hacerse cargo de una parte del personal de GMC (el proveedor anterior), esta circunstancia, para el Tribunal, carece de incidencia sobre el hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica. Además, hay que subrayar que el objetivo perseguido por el convenio colectivo es el mismo que el de la Directiva y que este convenio colectivo se refiere expresamente, en lo que atañe a la asunción de una parte del personal, al caso de una nueva adjudicación como la que es objeto del litigio principal.

Asimismo, el hecho de que el personal del cedente fuera despedido únicamente unos días antes de la fecha en que el cesionario se hizo cargo del personal, lo que demuestra que el motivo del despido fue la transmisión de la actividad, no puede tener por efecto privar a los trabajadores de su derecho a que su contrato de trabajo

continúe con el cesionario. En estas circunstancias, debe considerarse que este personal continúa empleado en la fecha de la transmisión. Como ha declarado el TJUE, la inexistencia de relación contractual entre el cedente y el cesionario no puede excluir el supuesto de una transmisión en el sentido de la Directiva¹⁷⁵.

H) Asunto Sodexho

En el Asunto Sodexho¹⁷⁶, se revisa que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que esta se aplica a una situación en la cual una entidad, que había encargado mediante un contrato la gestión completa de la restauración colectiva de un hospital a un primer empresario, pone fin al citado contrato y celebra, para la realización de la misma prestación, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando este, por un lado, utilice importantes elementos de activos corporales anteriormente utilizados por el primer empresario, y puestos a su disposición después por la entidad contratante y, por otro lado, se niegue a hacerse cargo de los trabajadores del primer empresario.

La restauración colectiva no puede considerarse como una actividad que se base esencialmente en la mano de obra, en la medida en que exige unos equipos importantes. Como lo señala la Comisión, en el asunto principal, Sodexho se hizo

175.- En este mismo sentido, STJUE de 9 de septiembre de 2015. Asunto João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros C-160/14 donde se resuelve que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «transmisión de un centro de actividad» abarca una situación en la que se disuelve una empresa activa en el mercado de los vuelos chárter por parte de su accionista mayoritario, que es a su vez una empresa de transporte aéreo, y en la que, posteriormente, esta última asume la posición de la sociedad disuelta en los contratos de arrendamiento de aviones y en los contratos vigentes de vuelos chárter, desarrolla la actividad antes efectuada por la sociedad disuelta, readmite a algunos de los trabajadores hasta entonces afectados a esa sociedad y los coloca en funciones idénticas a las ejercidas anteriormente y recibe pequeños equipamientos de esa sociedad.

176.- STJUE de 20 de noviembre de 2003. Asunto Sodexho, C-340/01

cargo de los elementos materiales indispensables para la actividad de que se trata, a saber, los locales, el agua y la energía, así como los equipos, pequeños y grandes (en particular los elementos fijos necesarios para la preparación de las comidas y las lavadoras).

Además, la situación controvertida se caracteriza por la obligación, expresa y esencial, de preparar las comidas en la cocina del hospital y, por lo tanto, de hacerse cargo de dichos elementos materiales. La transmisión de los locales y de los equipos, puestos a disposición por el hospital, que es indispensable para la preparación y la distribución de las comidas a los pacientes y al personal del hospital, basta para caracterizar, en estas circunstancias, la transmisión de la entidad económica. Además, es evidente que el nuevo adjudicatario se ha hecho cargo necesariamente de la clientela de su antecesor, por tener ésta carácter cautivo.

De ello se desprende que, el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de los efectivos que su antecesor había dedicado al desarrollo de esta actividad, no basta para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad en el sentido de la Directiva en un sector como la restauración colectiva, donde la actividad se basa esencialmente en los equipos. Como señalan el Reino Unido y la Comisión, un razonamiento distinto iría en contra del objetivo principal de la Directiva, que es mantener los contratos de trabajo de los trabajadores del cedente, aún en contra de la voluntad del cesionario.

I) Asunto Adif

En el asunto Adif¹⁷⁷ se revisa un contrato de gestión de servicios públicos con efectos a partir del 1 de marzo de 2008, Adif externalizó la gestión de dicho servicio, adjudicándola a la empresa Algeposa. Algeposa prestaba este servicio en las instalaciones de Adif con grúas propiedad de esta última. En mayo de 2013, Adif

177.- STJUE de 26 de noviembre de 2015. Asunto Adif C-509/14

desplazó a algunos de sus trabajadores a Algeposa para que recibieran una formación por inmersión en el personal de dicha sociedad. En junio de 2013, Adif comunicó a Algeposa que no deseaba prorrogar la contrata después del 30 de junio de 2013, ya que, a partir de esa fecha, prestaría ella misma con su propio personal el servicio de que se trata en el litigio principal. Adif comunicó también a Algeposa su negativa a subrogarse en los derechos y obligaciones de ésta frente a su personal.

En consecuencia, Algeposa procedió a un despido colectivo por causas productivas de varios trabajadores, entre ellos el Sr. Aira Pascual, que antes estaba adscrito a la ejecución de la contrata celebrada con Adif. El Sr. Aira Pascual interpuso una demanda contra Adif, basándose en que, al extinguirse la contrata celebrada con Algeposa, Adif estaba obligada a subrogarse en la relación laboral de ésta con su personal junto con la reversión de la entidad económica.

El TJUE consideró que, para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan la operación, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. De ello, resulta que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios que determinan la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate.

La actividad económica de que se trata, a saber, el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal, no puede considerarse una actividad esencialmente basada en la mano de obra, ya que requiere un equipamiento importante. Adif puso a disposición de Algeposa grúas y locales, que se revelan elementos indispensables para llevar a cabo la actividad de que se trata en el litigio principal. Por lo tanto, esta actividad se basa esencialmente en el equipamiento.

Por otra parte, en lo que respecta a la circunstancia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad hayan pertenecido siempre a Adif, se mantiene que la cuestión de si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales carece de pertinencia a efectos de aplicar la Directiva 2001/23. A este

respecto, el TJUE ha declarado que la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de esa Directiva.

Por lo que se refiere al hecho de que Adif no se hiciera cargo del personal de Algeposa, se mantiene que el TJUE ha declarado que el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de los efectivos que su antecesor había dedicado al desarrollo de la misma actividad no basta para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva, en un sector como en el que la actividad se basa esencialmente en el equipamiento. Una interpretación diferente iría en contra del objetivo principal de la Directiva, que es mantener los contratos de trabajo de los trabajadores del cedente, aun en contra de la voluntad del cesionario.

Por consiguiente, el hecho de que Adif no se hiciera cargo de los trabajadores de Algeposa no basta para excluir que la entidad económica de que se trata haya mantenido su identidad y no permite negar, por tanto, la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la citada Directiva.

1.3.- Valoración general de la jurisprudencia comunitaria

La ausencia de un peso específico en cada uno de los criterios usados en la sentencia Spijkers causó una serie de problemas para los tribunales locales nacionales, para continuar aplicando su propia jurisprudencia, a pesar de que tenían una larga experiencia trabajando con el concepto de sucesión de empresas. No obstante, el TJUE ha reafirmado el criterio establecido en Spijkers en muchos casos, las sentencias posteriores se han focalizado, y vacilado, entre dos elementos de la formula Spijkers, la actividad y la entidad económica¹⁷⁸.

178.-PAINTER, R. HOLMES, A.: *Cases and Materials on Employment Law*. Oxford University Press, 2015

Estos dos elementos son la base de dos conceptos contrapuestos de la transferencia los cuales residen en la base del debate francés sobre el alcance de la normativa de las transferencias: la actividad empresarial que es el enfoque normativo laboral y la organización empresarial, con su enfoque normativo comercial.

En este periplo jurisprudencial, la sentencia Spijkers fue la primera que abordó la delimitación del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva al establecer que la misma, regiría exclusivamente cuando “la entidad económica conservaba su identidad” es decir, cuando se transmitiera un conjunto organizado de bienes (materiales e inmateriales) susceptibles, por contar con una mínima autonomía funcional y organizativa.¹⁷⁹

Los cimientos contruidos a partir de la sentencia Spijkers, sin embargo, se tambalearon, como consecuencia de la doctrina que se contenía en la sentencia Schmidt, que suponía el abandono de un concepto orgánico de empresa y su sustitución por un concepto eminentemente funcional, puesto que a partir de la misma el criterio determinante para apreciar si lo transmitido conservaba o perdía su identidad no residiría en constatar la existencia de una transferencia de un conjunto de elementos materiales o inmateriales organizados, sino que bastaría con apreciar una simple continuidad en la actividad.

En la sentencia Mercks¹⁸⁰, sin embargo, el TJUE emprendió el camino de vuelta hacia la doctrina elaborada inicialmente por la sentencia Spijkers, de modo que, aunque se reitera que la continuidad de la actividad es un criterio privilegiado para constatar la identidad de la entidad transmitida, esta debe predicarse igualmente de los elementos materiales e inmateriales que contribuyan a su explotación posterior.

179.- MORENO GENÉ J.: “*El nuevo régimen jurídico-labora...*” Op. últ. Cit

180.- STJUE de 7 de marzo de 1996, Asunto Merckx y Neuhuys, C-171/94 y C-172/94.

El TJUE retomó el camino de vuelta hacia la doctrina elaborada inicialmente por la sentencia *Spijkers*, de forma contundente con la sentencia *Süzen* al exigir expresamente para aplicar la Directiva, que la transmisión se refiera a una entidad económica organizada, la cual a su vez remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio¹⁸¹.

Algún autor ha manteniendo que dicha evolución pone de manifiesto un lento pero progresivo desplazamiento de los problemas interpretativos, desde la causa al objeto de la transmisión.¹⁸² En este sentido ha de fijarse el punto de partida en la sentencia *Spijkers* y ha de considerarse que constituirá desde entonces un referente constante en la jurisprudencia comunitaria afirmando que la construcción de aquel pronunciamiento aportó la argamasa sobre la que el TJUE ha ido delimitando el ámbito de aplicación de la Directiva.

Sobre la sentencia *Schmidt* se mantiene que de entre todos los pronunciamientos dictados por el TJUE en materia estrictamente laboral, y no solo de transmisión de empresa, ninguno ha resultado tan polémico, debatido, alabado o criticado como el dictado para resolver dicho asunto. Destacando el giro doctrinal de este pronunciamiento y, por derivación, las eventuales consecuencias de su generalización en los Estados miembros, en la mayor parte de los cuales la aplicación de la normativa sucesoria exige una transmisión de bienes patrimoniales; una transferencia de activos que actúen como soporte material u orgánico y no meramente funcional de la continuación de la actividad por parte del nuevo empresario.

181.- MCMULLEN, J.: *Some Problems and Themes in the Application in Member States of Directive 2001/23/EC on Transfer of Undertaking*. Kluwer Law International 2007

182.- VALDÉS DAL-RE, F.: *“La transmisión de empresa y las Relaciones Laborales...” Op. últ. cit*

Así, en la época pre-Süzen el TJUE tendía a mirar al test laboral desde un punto de vista de la actividad: ¿Esta el nuevo empresario llevando acabo la misma actividad o una actividad similar que la que llevaba a cabo su predecesor? En la era post-Süzen, el tribunal enfatizaba la aplicación de un test más mercantil centrándose en si la empresa ha transferido una entidad económica, con sus activos ya sean tangible o intangibles. El test laboral posiblemente daría el resultado más alineado a si ha habido una transferencia de empresa, que consiste con la protección de los empleados, objetivo de la Directiva, pero el test comercial ha sido el preferido por los tribunales italianos, alemanes y de cada vez más por los franceses.

Es comúnmente aceptado que casi todos los supuestos estarían cubiertos por la Directiva, contracting out (Schmidt, Sanchez Hidalgo¹⁸³), subcontratación (Allen¹⁸⁴, Temco), privatización (Beck-Mann¹⁸⁵, Celtect¹⁸⁶) y traspasos de empresas al estado (Mayeur¹⁸⁷, Delahaye¹⁸⁸), así como otras transferencias más usuales sujetas a contratos.¹⁸⁹

No obstante, y, en definitiva, a nuestro entender se ha de considerar que no ha habido tal movimiento pendular en las sentencias del TJUE, se entiende que sí la ha habido en la opinión sobre las mismas ya que cuando ven la luz causan un importante impacto en la doctrina y en la jurisprudencia de los Estados miembros, no obstante, en verdad ha sido un camino estable hacia la definición de la continuidad de la entidad económica y las contratas de servicios.

183.- STJUE de 10 de diciembre de 1998. Asunto Sánchez Hidalgo y otros asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96

184.- STJUE de 2 de diciembre de 1999. Asunto Allen, C-234/98

185.- STJUE de 4 de junio de 2002 Asunto Beckmann, C-164/00

186.- STJUE de 26 de mayo de 2005. Asunto Celtec C-478/03

187.- STJUE de 26 de septiembre 2000. Asunto Mayeur, C-175/99

188.- STJUE de 11 de noviembre de 2004. Asunto Delahaye C-425/02

189.- BARNARD, C: *EU Employment Law*, Oxford EC Law Library, 4ª Ed. 2012.

2.- ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL

En esta segunda parte del capítulo se analizarán los siguientes aspectos: el desarrollo del artículo 44 ET (apartado 2.1); los tipos de negocios que pueden generar una sucesión (apartado 2.2); los conceptos de empresa, centro de trabajo y UPA (apartado 2.3); el concepto de entidad económica (apartado 2.4); la doctrina de la sucesión de plantilla (apartado 2.5); la subrogación obligada por convenio colectivo (apartado 2.6); la subrogación obligada por pliego o concurso (apartado 2.7); la subrogación obligada por acuerdo entre cedente y cesionario (apartado 2.8); otras matizaciones relevantes sobre la sucesión de acuerdo a la jurisprudencia (apartado 2.9); y análisis sobre qué ocurre si no aplica el artículo 44 ET (2.10).

2.1.- Desarrollo del artículo 44 ET

La regulación del cambio de titularidad estaba prevista en el artículo. 44 ET de la Ley 8/1980¹⁹⁰, regulando la “Sucesión de empresa” en los siguientes términos:

1. El cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos «inter vivos», el cedente, y en su defecto el cesionario, está obligado a notificar dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida, respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.
2. El cedente y el cesionario responderán también solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

190.- Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Publicado en: «BOE» núm. 64, de 14 de marzo de 1980.

Esta regulación vio la luz en fecha posterior a la de la Directiva 77/187/CEE y cuando España todavía no era parte de la Comunidad Económica Europea. El Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas¹⁹¹, se firmó en 1985. A pesar de que España no tenía vinculación con la CEE en el momento de la redacción inicial del artículo 44 ET, esta disposición contenía determinados aspectos de la regulación comunitaria, siendo el más importante el objetivo de proteger a los trabajadores en caso de cambio de empleador, manteniendo sus derechos, al igual que el derecho de información a los representantes de los trabajadores, en estos supuestos. Además, se puede observar igualmente que, el concepto de UPA (Unidad Productiva Autónoma) de vital importancia en nuestra legislación, que nos acompañara hasta nuestros días ya estaba previsto en la redacción original del artículo 44 ET.

Algún autor ha mantenido que la normativa europea y la doctrina emanada por el TJUE han perfilado la sucesión de empresa prevista en nuestro artículo 44 ET, y singularmente ha promovido la adopción de una interpretación tuitiva para los intereses de los trabajadores que en ciertos aspectos no se había adoptado por nuestros Tribunales¹⁹². La aplicación de la sucesión en la práctica empresarial, ha sido una de las materias objeto de continuas interpretaciones, como pone de manifiesto la abundante jurisprudencia existente en esta materia, desde la inclusión en el ET de 1980. Unas de las razones de la conflictividad que se produce en torno a la sucesión de empresa se relacionan con su régimen jurídico. La regulación del artículo 44 ET, en su versión inicial, era extraordinariamente escueta y sus extensas lagunas han tenido que ser objeto de una amplia integración judicial, que no siempre ha transitado, por vías uniformes.¹⁹³

191.- Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, firmado el 12 de junio de 1985 publicándose en el BOE y entrando en vigor el 1 de enero de 1986.

192.- GOMÉZ ARBOS, J.: “La sucesión de empresas...” *Op. ult. Cit.*

193.- No está de acuerdo SANGUINETI RAYMOND, W.: “las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales”. En “La negociación colectiva en España: una mirada crítica”, dir. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 99-118, que estima que, aunque parezca que se proteja en determinados casos a los trabajadores subrogados, la aplicación de la sucesión automática en determinadas ramas de actividad perjudica la negociación e inclusión de cláusulas convencionales que extienden la aplicación del artículo 44.

En cualquier caso, la redacción actual del artículo 44 ET es notoriamente más compleja y completa que la redacción original. Ello se debe a las distintas matizaciones que se han producido en la jurisprudencia comunitaria y nacional. La redacción actual del artículo 44 ET contiene diez puntos, siendo los puntos primero y segundo donde se recoge qué es susceptible de ser considerado como sucesión empresarial: Artículo 44 La sucesión de empresa:

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

La modificación de este artículo proviene de la Ley 12/2001. Ha de señalarse que, en la exposición de motivos de la misma Ley, no se cita la Directiva 2001/23, a pesar de que ya había sido adoptada en la fecha de aprobación de la Ley 12/2001 (9 de julio de 2001)¹⁹⁴.

194.- Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. En el último párrafo de la exposición de motivos se dice “Con esta Ley se procede, además, a incorporar al ordenamiento interno el contenido de las recientes Directivas europeas 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad”.

El hecho de que no se mencionara la Directiva 2001/23 responde, quizás, a la pretendida intención de cumplir con la obligación que establecía la Directiva 98/50 de transponer la misma a más tardar el 17 de julio de 2001, ello porque el artículo 12 de la Directiva 2001/23 mantiene dicha fecha límite estableciendo lo siguiente:

“Queda derogada la Directiva 77/187/CEE, modificada por la Directiva que figura en la parte A del anexo I, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en cuanto a los plazos de transposición que figuran en la parte B del anexo I”:

ANEXO I

PARTE A

Directiva derogada y su modificación
(contempladas en el artículo 12)

Directiva 77/187/CEE del Consejo (DO L 61 de 5.3.1977, p. 26)

Directiva 98/50/CE del Consejo (DO L 201 de 17.7.1998, p. 88)

PARTE B

Plazos de transposición al Derecho nacional
(contemplado en el artículo 12)

Directiva	Fecha límite de transposición
77/187/CEE	16 de febrero de 1979
98/50/CE	17 de julio de 2001

A pesar de esta anécdota cronológica, la transposición de la normativa comunitaria es de gran calado tal y como han puesto de manifiesto la jurisprudencia y la doctrina. El actual artículo 44 ET, intenta ser más concreto en cuanto a qué se entiende por cambio de titularidad de empresa y, qué se quiere proteger, así mismo se intenta limitar más la premisa de cuando se da una sucesión empresarial en su punto segundo y se añade más luz a las responsabilidades, al convenio de aplicación para los empleados transferidos, a la representación de estos y a los deberes de información, así como al proceso a seguir si se quiere tomar alguna medida laboral para con dichos trabajadores.

Hay que tener en cuenta la concordancia del artículo 44 ET con otros preceptos ya que dicho artículo es el precepto de cabecera que, en nuestro ordenamiento, regula los efectos de la sucesión de empresas.¹⁹⁵ Pero que, no obstante, no es esta la única norma estatutaria que versa sobre el cambio de titularidad empresarial también lo hacen, por un lado, el artículo 49.1.g) ET en relación con los supuestos de “muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o incapacidad del empresario” y por otro lado el artículo 51.11 ET, que recoge la transmisión para los supuestos de venta judicial de la empresa o de parte de la misma.

Otros autores han señalado que lo añadido en el artículo 44 ET es una mera transcripción del art 1.1. b) de la Directiva y no tiene demasiada relevancia ya que insiste en algo que ya estaba claro en el Derecho interno: que la transmisión afecta a un conjunto de bienes susceptibles de explotación económica directa frente a la mera transmisión de elementos patrimoniales aislados. La idea del mantenimiento de la entidad económica de la entidad transmitida está en línea.¹⁹⁶

Por otro lado, hay autores que han señalado que la Ley 12/2001 se trata, sin duda, de la reforma de uno de los preceptos estatutarios más resistentes al cambio legislativo desde su versión originaria de 1980, lo cual ha dado lugar a que su reforma haya sido calificada como un “hito histórico” o un suceso normativo.¹⁹⁷

195.- SEMPERE NAVARRO, A.: *Aspectos laborales de la Reestructuración Empresarial*, Thomson Reuters, editorial Aranzadi, España 2011: Se ha señalado mayoritariamente que el contenido del artículo 44 ET sigue en gran medida lo dispuesto en la normativa comunitaria, por lo tanto, no hay tanta innovación sustantiva cuanto mayor concreción y explicación de criterios antes también válidos, de manera que la jurisprudencia anterior puede considerarse, en su mayoría, del todo útil.

196.- DESDENTADO BONETE, A.: “La sucesión de empresa...” *Op. últ. cit*

197.- MORENO GENÉ J.: “El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa...” *Op. últ. cit*

Es significativo resaltar que la reforma del artículo 44 ET se produce tras un largo periodo de inalterabilidad legislativa de dicho precepto lo que es llamativo si se tiene en cuenta tanto que la adhesión de España a la Unión Europea exigía la adaptación del artículo 44 ET a la normativa comunitaria sobre la transmisión de empresas, como que la realidad extremadamente dinámica que este precepto pretende regular, la cual debería haber favorecido el ajuste de la normativa a las nuevas situaciones empresariales que en cada momento se hubiera ido planteado.

En el análisis del vigente artículo 44 ET se mantiene la tradicional exigencia de que concurren dos elementos: por una parte, el subjetivo, que exige que tenga lugar un cambio de titularidad entre dos empresarios y por otra parte el objetivo, consistente en que dicho cambio de titularidad afecte a una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma. La nueva redacción del apartado 2 del artículo 44 ET viene a precisar que el cambio de titularidad debe afectar a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio.

La reforma llevada a cabo en 2001 únicamente precisó el alcance del elemento objetivo, mientras que el elemento subjetivo se ha mantenido literalmente con su redacción anterior.¹⁹⁸

198.- MORENO GENÉ, J.: "El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa..." *Opt ult cit.*: Ha de señalarse a su vez que, el ámbito de aplicación de la normativa sucesoria no se ha visto alterado en ningún sentido, ni en mas ni en menos tras la reforma del art. 44 ET, puesto que la misma resulta coincidente en lo sustancial con la interpretación que del mismo había efectuado la jurisprudencia precedente. En primer lugar, el termino entidad económica constituye la noción de síntesis para aludir a la empresa, al centro de trabajo y a la UPA. En segundo lugar la exigencia de que dicha entidad económica mantenga su identidad, resulta equiparable a la exigencia de que lo transmitido conserve una mínima autonomía funcional, es decir, una sustantividad propia y diferenciada capaz de posibilitar la continuidad de la explotación y finalmente la identificación de dicha entidad económica con la transmisión de un "conjunto de elementos patrimoniales que configuran una organización empresarial básica susceptible de explotación" que ya venía exigiendo la jurisprudencia.

Algunos otros autores han considerado que, de conformidad con la jurisprudencia comunitaria y española, la “empresa” a efectos de aplicación de las normas de sucesión, se define como el conjunto de elementos de variada condición y naturaleza que, debidamente organizados, posee como finalidad la explotación de una actividad económica (empresa-organización). Es por ello que la sucesión de contratistas o de concesionarios en la mera actividad objeto de la contrata o concesión no integra sin más el supuesto de hecho de estas normas.¹⁹⁹

De esta forma, algunos autores definen la sucesión de empresa a partir de los tres elementos constitutivos que deben concurrir conjuntamente en su caso, uno subjetivo, referido al cambio de titularidad (empresario laboral) de una empresa o de parte de ella, que pasa del cedente al cesionario y otro objetivo, consistente en que la empresa o parte de la empresa transmitida conforma una entidad económica que mantiene su identidad. Cabe incluir un tercer elemento, el teleológico, que está implícito en el elemento objetivo y que va referido al destino dado a la entidad transmitida, que es realizar una actividad económica.²⁰⁰

En cuanto a la jurisprudencia del TS, esta se ha basado durante décadas en el hecho de que el negocio jurídico llevado a cabo entre las partes conlleva la transmisión del objeto, ya sea una empresa, un centro de actividad o una UPA. Como así se reflejaba en la STS 4146/2000²⁰¹ en la que se mantiene que es requisito esencial en la sucesión de empresas que regula el artículo 44 ET, la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. A su vez ha de destacarse que en la STS 6892/2004²⁰² se recoge la posibilidad de que un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una

199.- DEL REY GUANTER, S., MARTINEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *RDMTAS* 58, pág. 221 y siguientes.

200.- ARETA MARTINEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.: Sucesión de empresa. *Op. ult. Cit.*

201.- STS 4146/2000 de 22 de mayo de 2.000.

202.- STS 6892/2004 de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004\720).

actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción. Dicha entidad, si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo, a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra²⁰³.

2.2.- Tipos de negocio que pueden generar la sucesión empresarial

Entre los conceptos más importantes que plasman la evolución de la jurisprudencia nacional ha de destacarse el del tipo de negocio jurídico que da lugar a la propia sucesión empresarial. Este concepto es la base de la protección que en materia de sucesión otorga nuestro ordenamiento jurídico.

La doctrina tiene diversas formas de abarcar e interpretar la base del artículo 44 ET, así algún autor entiende que el negocio jurídico en virtud del cual se cede la empresa puede ser traslativo del dominio de esta o de su mero goce, y puede ser oneroso o gratuito, inter vivos o mortis causa, alcanzando pues, las transmisiones sucesorias, donaciones, compraventas, arrendamientos, usufructos, traspasos, absorciones y fusiones de empresas, etc. y en suma cualquier modalidad de transmisión.²⁰⁴

203.- Entendemos que el TS de esta forma da un paso hacia delante para encontrarse más cercano a la jurisprudencia del TJUE, reconociendo la entidad económica por lo menos en situaciones dadas en sectores inmateriales. Aunque el reconocimiento de la entidad económica ya está consolidado en la jurisprudencia comunitaria, que es la que da pie a la doctrina de la sucesión de plantilla en nuestro ordenamiento, el TS sigue manteniendo que la contrata no es una unidad productiva autónoma a los efectos del artículo 44 ET. En ese sentido, el TS considera que el contratista adquiere el derecho a prestar el servicio o a ejecutar la obra, pero no adquiere ninguna empresa, ni ninguna actividad productiva autónoma en el sentido del artículo 44.1 ET. Ello porque “nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios”. Entendemos igualmente, que el TJUE va más allá de estos sectores como revisaremos en conclusiones y como reflejó el TJUE en el asunto Sodexho donde establece que existe una sucesión empresarial por hacerse cargo de la entidad económica al cambiar de proveedor en una contrata en un sector calificado por el mismo TJUE como un sector material.

204.- MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, editorial Tecnos, Madrid 2016.

Igualmente, se recalca el principio de que la subrogación se produce ope legis, es absolutamente irrelevante la voluntad del empresario cedente, del empresario cesionario y del trabajador cedido; el pacto entre aquéllos se limita a la transmisión de la empresa; la ley adiciona, sin necesidad del consentimiento alguno de los interesados, la consecuencia de la sucesión del nuevo empresario en la posición jurídico-laboral del anterior.

De esta forma hay autores que mantienen que la transmisión mediante actos inter vivos puede operarse a través de cualquier negocio jurídico traslativo (De modo directo o indirecto): Compraventa, arrendamiento de industria, adquisición en subasta pública, usufructo, traspaso, donación, reversión, fusión o absorción, transferencia de organismos públicos de uno a otro ente, etc. Lo importante (más que la realidad jurídico-formal) es que prosiga la misma actividad empresarial, de modo que habrá subrogación, aunque formalmente se presente todo como si hubiere finalizado su actividad la vieja empresa y la nueva no tuviera nada que ver con ella. Una regla practica que ayuda a comprender la idea latente en la norma es, la de que, si el negocio jurídico interempresarial no afecta a la actividad de los empleados, tampoco su vinculación laboral ha de verse afectada; si lo transmitido posee enjundia bastante como para arrastrar consigo al trabajador, éste ha de verse protegido.²⁰⁵ Marcando de esta forma una clara delimitación por la que la sucesión en la posición de empleador se liga a una transmisión de empresa.²⁰⁶

Un último apunte es el porqué se permite el cambio de empresario sin la necesaria autorización de la otra parte del contrato de trabajo, el empleado, que es quien tiene que llevar a cabo la actividad laboral a cambio de un salario acordado el cual ya no lo va a abonar el empleador con el que formalizó dicho contrato de trabajo sino un tercero que se posiciona como empleador.

205.- SEMPERE NAVARRO, A.: *"Aspectos laborales de la Reestructuración Empresarial..." op. últ. cit*

206.- DESDENTADO BONETE, A.: *"La sucesión de empresa" op. últ. cit*

Algunos autores mantienen que como regla general se admite la novación subjetiva en los contratos, esto es, la posibilidad de sustitución de los contratantes, con la debida salvaguarda de los intereses concurrentes (artículos 1.203 y 1.205 CC). El ordenamiento laboral contempla esta vicisitud de manera particular, pues atiende tanto a la clase de compromisos que se asumen en el contrato como a la diferencia de posiciones que respecto de los mismos adoptan trabajador y empresario.

Mientras que la obligación asumida por el trabajador es personalísima y ha de ser cumplida de manera directa, sin posibilidad, en principio, de encargo o delegación en otra persona, las obligaciones del empresario pueden ser atendidas aun cuando cambie el sujeto titular de la empresa, es más, en principio el cambio de empresario no debería afectar a la relación laboral, en bien de la estabilidad en el empleo²⁰⁷. Por esa razón, frente a la imposibilidad de sustitución del trabajador en el mismo contrato de trabajo, la legislación laboral no sólo admite la sustitución del empresario, sino que intenta evitar que tal acontecimiento suponga la ruptura de la relación laboral²⁰⁸.

207.- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo* Vigésima edición Tecnos, Madrid 2016, pág 733 y siguientes

208.- DESDENTADO DAROCA, E: *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. Lex Nova, Valladolid 2006: La profesora mantiene que hay una corriente judicial “objetivista”, que parece afirmar que la posición de empleador en el contrato de trabajo corresponde a la empresa y no al empresario, señalando que los derechos de los trabajadores no tienen como sujeto pasivo a la persona titular o empresario sino a la entidad empresa. Pero en realidad este criterio minoritario no responde a una concepción institucionalista de la empresa, sino a una comprensión deficiente del funcionamiento practico de determinadas garantías y, más concretamente, de las relativas a la transmisión de la empresa. En este sentido, tiene interés la STS de 18 de junio de 1976 porque, aunque hay en ella una argumentación de corte patrimonialista, matiza y marca claramente los límites de la “dirección objetivista”, señalando que es el titular de la empresa – en el caso, tres sociedades anónimas propietarias de una central térmica- y no la empresa considerada en sí misma, el que tiene realmente condición de empresario en el marco de los contratos de trabajo. Se aclara, así que la doctrina objetivista está limitada a los casos del art 79.1 LCT ya que los supuestos en que se aplicó tal doctrina se trataban de cesión, traspaso o venta de la industria.

2.3.- Empresa, centro de trabajo y Unidad Productiva Autónoma

En el artículo 44.1 ET se recogen tres elementos tradicionalmente susceptibles de un cambio enmarcable en dicho precepto: la empresa, el centro de trabajo y la unidad productiva autónoma. Las situaciones que se puedan entender comprendidas en estos conceptos significan que se aplica el artículo 44 ET y, por tanto, no se extinguirá la relación laboral, acarreando las implicaciones que conlleva.

En cuanto a la empresa, la Real Academia de la Lengua define a la empresa, en una de sus acepciones, como una unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos.²⁰⁹ Por otro lado, la Comisión de la Comunidad Europea entiende a la empresa de la siguiente forma: Se considerará empresa toda entidad, independiente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal y otras actividades a título individual o familiar, las sociedades e personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular.²¹⁰

Junto a las formas clásicas de sociedades mercantiles (anónimas, de responsabilidad limitada, colectivas, comanditarias, etc.) existen otras en las que la dicotomía capital-trabajo se reduce; como sucede con las sociedades cooperativas de trabajo asociado y, sobre todo, con “sociedades laborales”, caracterizadas porque la mayoría del capital social pertenece a los trabajadores que prestan en ellas sus servicios retribuidos, siempre que su relación laboral sea de duración indefinida.

209.- Diccionario de la Real Academia de la lengua Española (DRAE) Edición 23.^a, publicada en 2014: En esta definición genérica ya se empiezan a resaltar aspectos relevantes para enfocar el concepto de empresa. El elemento de unidad de organización denota que la empresa debe estar de cierta forma constituida, organizada para llevar a cabo una labor, la cual además ha de producir utilidad y ganancia, tal y como define la misma academia el adjetivo lucrativo, ganancia que no tendría por qué ser pecuniaria

210.- Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas [Diario Oficial L 124 de 20.5.2003].

No obstante, cualquiera que sea la configuración de las sociedades y demás personas jurídicas (privadas o públicas) rectoras de las empresas, un rasgo común a todas ellas es la necesidad de que la dirección efectiva de estas se lleve a cabo por directores asalariados a su servicio. La separación, puesta de relieve por los sociólogos, entre propiedad y control tiene, como no podía dejar de suceder, repercusiones jurídicas y da incluso lugar al planteamiento de problemas como el de la naturaleza y posición de altos directivos de la empresa ante el Derecho.²¹¹

En cuanto al centro de trabajo hay diferentes referencias legislativas. Así, el artículo 2 del Real Decreto 171/2004²¹² por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995²¹³, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales, entiende que el centro de trabajo es el área, edificada o no, a la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo. Se puede encontrar otro ejemplo en el artículo 1.5 del ET, que define el centro de trabajo como una unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral. No obstante, estas definiciones que se basan en la parte más tangible de un centro de trabajo no abarcando todo el concepto posible, así como se recoge en la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 12 de noviembre de 1980 en la que señalaba que el centro de trabajo no equivale, pues, a establecimiento o lugar de trabajo; el centro de trabajo tiene su soporte físico en la fábrica, oficina o almacén, pero su naturaleza técnico-productiva trasciende esas puras sedes físicas.

211.- MONTOYA MELGAR, A: *Derecho del Trabajo*, editorial Tecnos, Madrid 2016; PALOMEQUE, M. C.: *Empresarios desprovistos de personalidad: Las comunidades de bienes*, editorial Civitas, pag 229; CAMPS RUIZ, L.M: *El concepto aboral de empresario. Comentario al art 1.2 em AAVV comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores (Borrajo Dacruz, E. Dir) Tomo I*, edersa, Madrid 1990. P 39

212.- Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales, publicado en el BOE el 31 de enero de 2004

213.- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, publicado en el BOE el 10 de noviembre de 1995.

Por otro lado, el TS se ha pronunciado sobre el concepto de centro de trabajo en lo referente a la responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral. Así establece que en un primer término deberá analizarse si el accidente se produjo en un "centro de trabajo" de la contratista o adjudicataria, una vez admitido también que, en ese lugar, el Jardín de la Concepción, no había ningún trabajador de aquélla y los cinco operarios eran de la subcontratista. La doctrina científica y la jurisprudencia vienen entendiendo que el estricto concepto de centro de trabajo previsto en el artículo 1.5 ET no resulta aplicable a los efectos previstos en las normas ahora examinadas, sino que la referencia legal equivale más bien a la expresión "lugar de trabajo", lo que aplicado al caso significa que si la empresa que ahora rechaza su responsabilidad se ha adjudicado una obra para su ejecución, y decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con la contrata, de forma que su responsabilidad deriva de la falta de información control que le era exigible en relación con los trabajadores de la empresa subcontratista en relación con una obra de la que era adjudicatario. STS 3398/2005.²¹⁴

El concepto de centro de trabajo, aunque sea en su definición más amplia, va a ser la de un conjunto productivo técnico, una unidad productiva, ya sea una entidad económica autónoma o no, que es lo relevante para que sea de aplicación el artículo 44 ET.²¹⁵ Ha de entenderse que el centro de trabajo que no es una entidad económica

214.- STS 3398/2005 de 26 de mayo de 2005

215.- Igualmente, autores como el profesor MONTTOYA MELGAR (MONTTOYA MELGAR, A.: *"Derecho del Trabajo..." op. últ. cit)* intentan definir los conceptos ayudándose de otro profesor, MIÑAMBRES, (MIÑAMBRES, C.: *El centro de trabajo*. Madrid 1978) en su concepto dicen que *"seguramente, la raíz de la dificultad de distinguir empresa (laboral) y centro de trabajo se encuentra en el hecho de que no son realidades distintas: «la empresa, laboralmente hablando, solamente es relevante en cuanto que constituye un centro de trabajo». La verdadera distinción, pues, se situaría entre empresa (genérica) y empresa laboral (= centro o centros de trabajo)."* y prosigue diciendo que a la noción de centro de trabajo es inherente la idea de organización específica, que no implica, desde luego, una absoluta autonomía de organización, puesto que el centro se integra en el contexto superior de la empresa.

autónoma no debería ser susceptible del artículo 44 ET, ya que lo que se pretende tanto por la jurisprudencia comunitaria como por la española es que haya un ente que mantenga su identidad; entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica de forma autónoma.

En cuanto al concepto de UPA, ha de señalarse que este constituye el límite mínimo de la aplicación del artículo 44 ET, como noción no asimilable necesariamente a la de centro de trabajo. El centro de trabajo es una unidad autónoma; pero ésta, la UPA no se identifica necesariamente con aquel. Lo que caracteriza a la autonomía organizativa es la capacidad de explotación diferenciada, pudiendo imputarse esta realidad bien a una unidad físicamente aislada o bien a una realidad susceptible de fraccionarse y de constituir, por si sola, una entidad socio-económica de producción.²¹⁶

Se podría optar por entender la exposición de estos tres elementos susceptibles de un cambio enmarcable en el artículo 44ET (la empresa, el centro de trabajo y la UPA), como un intento de desmembrar los distintos conceptos de mayor a menor de una forma tradicional; es decir, el punto de partida es la empresa como un ente global que se puede dividir en centros de trabajo y los centros de trabajo pueden tener distintas Unidades Productivas Autónomas, empresa con varias fábricas y dentro de las fabricas distintas UPAs como la limpieza del centro de trabajo.

La referencia a la Unidad Productiva Autónoma ya se incluía en la versión anterior del artículo 44 ET y es la clave de la sucesión empresarial, ya que si hay una transferencia de una UPA esta conllevara la aplicación del artículo 44 ET y la Directiva. Por el contrario, cuando no haya una UPA no se aplicarían, en principio, estos preceptos, no pudiendo las partes acordar que apliquen o no los mismos. Se podrían llegar a acuerdos entre las partes que, de forma privada, se asemejasen los

216.- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *“La transmisión de empresa y las Relaciones Laborales...”* op. últ. cit

efectos del artículo 44 ET, pero hay aspectos no equiparables como, por ejemplo, la exención fiscal por despido donde entra en juego la antigüedad. En este caso se podría igualmente acordar que la indemnización sea calculada tomando como base la antigüedad original que se tenía con el primer empleador, ello, no obstante, la cantidad no estaría exenta de tributación conforme a la legislación actual. Además, se podría acordar el abono de una cantidad para compensar del impacto tributario, no obstante, aunque se esté dispuesto a incurrir en semejante coste, este acuerdo quedaría siempre en la esfera privada.

Hay autores que entienden que el artículo 44.1 ET no se aplica a cualquier cambio en la posición empresarial, sino únicamente al cambio de la persona del empresario en la titularidad de la empresa o de bienes capaces de dar continuidad a la pertinente actividad productiva. Como literalmente dice el precepto, tal cambio puede afectar a “una empresa”, un “centro de trabajo” o “una unidad productiva autónoma”, pero en todo caso se ha de referir a “un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. O como ha dicho la jurisprudencia, para que entren en juego estas reglas legales es necesario que se produzca la transmisión, de un titular a otro, de un conjunto organizado e individualizado de medios de producción con capacidad para seguir la explotación correspondiente.²¹⁷

El que sea posible la continuidad en el negocio es, pues, un segundo ingrediente del supuesto de hecho de la transmisión. Es necesario que se transmitan bienes susceptibles de explotación económica independiente, con capacidad para ofrecer bienes o servicios al mercado. Debe mantenerse, dicho de otra forma, la “autonomía organizativa” de los bienes traspasados, de tal modo que permitan seguir desarrollando una actividad idéntica o similar a la anterior.²¹⁸

217.- MARTÍN VALVERDE, A., y otros: *“Derecho del trabajo...”* op. últ. cit;

218.- MONEREO PEREZ, J.L.: *La noción de empresa en el derecho de trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid 1999

Hay autores que mantienen que en la medida en que la empresa es una unidad organizada, no existe cambio de titularidad de la misma a los efectos del artículo 44 ET cuando se transmite únicamente alguno de los elementos que forman el conjunto empresarial, por importante que pudiera ser aisladamente considerado o, en principio, cuando no hay transmisión alguna de elementos patrimoniales, sino simplemente la asunción de una determinada actividad por otro empresario con sus propios medios. Tampoco constituiría un supuesto de aplicación del artículo 44 ET la integración de una empresa en una Unión Temporal de Empresas. Tal exigencia se cumple plenamente cuando se transmite una explotación empresarial completa, con toda su estructura y organización productiva y la totalidad de los derechos derivados de la actividad. Pero también se cumple cuando el cambio de titularidad afecte a una parte de la organización empresarial con suficiente autonomía y sustantividad, y con suficientes medios materiales y personales, siempre que materialmente sea posible continuar con la actividad de referencia.²¹⁹

Otros autores, analizando el literal del artículo 44 ET, en su segundo punto en que se recoge “A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”, mantienen que se pretende proyectar algo de luz acerca de uno de los más frecuentes y enjundiosos problemas que la regla sobre sucesión de empresas suscita, precisamente el de determinar si hay o no una verdadera transmisión productiva, con suficiente entidad como para imponer al adquiriente la asunción de la posición empleadora que tenía el cedente.²²⁰

219.- CAMPS RUIZ, L.M. y otros: *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2016

220.- SEMPERE NAVARRO, A.: “Aspectos laborales...” *op. últ. cit*

La operatividad del precepto exige que se actúe sobre, al menos, un conjunto de elementos patrimoniales susceptibles de explotación económica independiente y capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado sin que en absoluto se descarte la dotación adicional de medios para contrarrestar los que hayan podido desaparecer en el proceso transmisivo. Esto se recoge en la versión actual del artículo 44.2 ET, el cual refiere la sucesión de empresa a la transmisión de una «entidad económica que mantenga su identidad», esto es, de «un conjunto de medios organizados» susceptibles de llevar a cabo «una actividad económica, esencial o accesorio», fórmula tomada de la Directiva. El propio precepto precisa, acogiendo una línea jurisprudencial que el mecanismo subrogatorio entra en juego no sólo en el caso de transmisión de la empresa en su integridad, sino también en el de cesiones de menor alcance: transmisión de un centro de trabajo o unidad productiva de la empresa; siempre que conserven su identidad.²²¹

En cuanto a la jurisprudencia española, puede verse la postura del TS en su Sentencia 1374/2004²²² en la que repasa el concepto del centro de trabajo autónomo concluyendo que existió sucesión empresarial ante la extinción del contrato de arrendamiento ya que el objeto de arrendamiento existente, no era tan sólo el local donde se ubicaba el cine, sino el cine en sí; esto es, según se establece en la citada STS, la explotación del negocio que el mismo constituye y, que habiéndose producido la reversión al entregarse el local a su propietario, al concurrir los dos elementos que para la transmisión o sucesión empresarial viene exigiendo la consolidada jurisprudencia del TS, uno subjetivo, el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo autónomo y, otro objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa, que permite la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de esta unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido, y siendo este objeto la industria que constituye el cine, la entidad a la que revierte ha de responder solidariamente del despido de los trabajadores.

221.- MONTROYA MELGAR, A.: *"Derecho del Trabajo..."* op. últ. cit

222.- STS 1374/2004 de 1 de marzo de 2004 (4846/2002)

Por lo demás, en la STS 474/2015²²³ se hace referencia a la inversión llevada a cabo en cuanto a delimitar la UPA, manteniendo que lo importante no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la necesidad de los mismos, ya que, la importancia de los factores que intervienen en la producción no se mide en términos cuantitativos, sino cualitativos. Esto es, atendiendo a la necesidad de los mismos para el funcionamiento de la actividad.

En definitiva, para el ordenamiento jurídico español se da el objeto necesario para la transmisión empresarial cuando hay una sucesión de una empresa, de un centro de trabajo o de una UPA en los términos mencionados, siempre que las mismas lleven a la continuación del negocio. Esto es lo que se viene establecido por el artículo 44 ET, el cual, en su segundo punto, prevé la necesidad de poder continuar con la explotación empresarial, lo que viene a ser la entidad económica tal como se señaló en el apartado de la unidad de referencia para la Unión Europea (Vid supra cap. II, apartado 1.1), por lo hay que entender que significa dicho concepto de entidad económica para nuestro ordenamiento.

2.4.- Entidad económica

Además de los tres conceptos recogidos en el artículo 44.1 ET de empresa, centro de actividad y UPA que pueden calificarse de históricos ya que se ha dicho ya estaban incluidos en la redacción del articulado en su versión de 1980, revisados en profundidad tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, hay un importante concepto que se recoge en el artículo 44.2 ET. y que hasta ahora no ha dado el juego en el panorama nacional que podría dar y que, en efecto, sí lo ha hecho en la Unión Europea y este concepto es el de la entidad económica.²²⁴

223.-STS 474/2015 a 27 de enero de 2015 (15/2014)

224.- ARETA MARTINEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.: *Sucesión de empresa: contratas, subcontratas y otros supuestos*. Claves prácticas Francis Lefebvre, febrero 2017: La sucesión de empresa requiere que haya un cambio en la titularidad nominativa de la entidad económica transmitida.

De esta forma, cuando se analiza el artículo 44.2 ET²²⁵ y la entidad económica a nivel nacional, se suele alinear a los tres tradicionales conceptos, la empresa, el centro de trabajo y la UPA, recogidos en el artículo 44.1 ET, llegando a la conclusión de que este punto segundo del artículo 44 ET es parte del requisito del primero, es decir que la empresa, centro o UPA debe mantener su identidad.

Cuando la doctrina y la jurisprudencia nacional hablan de sucesión, hablan de transmisión, de dominio, de goce, de la posición de empresario, de modalidades de transmisión o negocios jurídicos entre dos partes o pactos, etc. Esto posiblemente se deba a la defensa que se ha hecho de los dos requisitos que se tienen que dar para la sucesión son uno subjetivo, cambio de título y otro objetivo, lo que se transfiere. No obstante, se podría entender, que el artículo 44.2 ET, introducido con la Ley 12/2001 no solo complementa al punto primero del artículo 44 ET, porque la empresa, el centro y la UPA ya lo son por su propia idiosincrasia autónoma, es decir, es UPA porque es autónoma, si no, solo sería UP. Sino que además, el mero concepto de entidad económica es la piedra de angular de la doctrina que ha establecido el TJUE para los casos en que hay una sucesión de empresa para las contratas, si es que se cumplen unos parámetros.

Es decir, por un lado, es cierto que el concepto de entidad económica aclara lo que se espera con los tres tipos recogidos por el artículo 44.1 ET, a pesar de que esto ya estaba recogido por la jurisprudencia nacional, porque si no, no es autónoma. Al revisar cómo se crea el concepto de entidad económica en Europa, y analizando las sentencias del TJUE se puede afirmar que “la entidad económica” es además otro concepto por el que se puede dar una sucesión empresarial distinto a la empresa, centro de trabajo o UPA. En cualquier caso, se profundizará sobre esta idea con mayor detalle en siguientes apartados (Vid infra cap. III, apartado 3.3)

225.- Art. 44.2 ET: “. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.”

Sin embargo, el concepto de entidad económica que como se apuntaba no ha dado el juego que podría dar en nuestro ordenamiento, sí que puede observarse como el espíritu de la entidad económica está presente en algunas resoluciones del TS, así en la STS 1374/2004 revisada que analiza la reversión del cine, se mantiene que lo que se está arrendando no es un local de negocio para la instalación de una industria de cine, sino una industria ya instalada. Por ello se especifican las cosas o elementos que se aportan con el local para que el arrendatario pueda proceder a su apertura, especificando que la licencia municipal es a nombre del cine, para toda la vida y cuyo importe será abonado por ambas partes contratantes. A tenor de estos hechos, el arrendatario recibe, además del local, el negocio o industria en el establecido, pues el objeto del contrato no son solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, o pendiente de meras formalidades administrativas, por lo que la extinción del contrato de arrendamiento produce el cambio de titularidad de la empresa en los términos del artículo 44 ET²²⁶

Como puede apreciarse, esta sentencia se basa en la actividad de la industria del cine. Ello es relevante porque al producirse la reversión el propietario sigue con la actividad, si, por el contrario, se hubiese terminado el alquiler de la industria junto con el local y el propietario hubiera decidido dedicar el inmueble a un supermercado, la actividad hubiese cesado no habría continuidad de la entidad económica.

226.- En este sentido se puede “concluir que existió sucesión empresarial ante la extinción del contrato de arrendamiento ya que el objeto de arrendamiento existente, no era tan sólo el local donde se ubique el cine, sino el cine en sí, esto es, la explotación del negocio que el mismo constituye y, que habiéndose producido la reversión al entregarse el local a su propietario, al concurrir los dos elementos que para la transmisión o sucesión empresarial viene exigiendo la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, uno subjetivo, el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo autónomo y, otro objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa, que permite la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de esta unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido, y siendo este objeto la industria que constituye el cine, la entidad a la que reierte ha de responder solidariamente del despido de los trabajadores”

Otro aspecto de gran importancia es que en la sentencia puede observarse que se ha producido una transmisión de titularidad que como la misma sentencia dice, es un requisito según el TS para que se pueda dar la transferencia prevista en el artículo 44 ET.²²⁷ Es decir, se reconoce la continuidad de la entidad económica junto con el cambio de titularidad. Lo que a fecha de hoy parece poco viable, es que viésemos al TS reconocer la entidad económica sin el cambio de titularidad, porque como se viene señalando, esto es justo la sucesión de contratas²²⁸.

Actualmente hay un supuesto en el que el TS ha aceptado que haya una sucesión empresarial a pesar de que no haya habido una transmisión de la titularidad, que es la doctrina conocida como doctrina de la sucesión de plantilla. Esta aceptación como se analizará a continuación, se produce de una forma forzada ya que el mismo TS no está muy conforme con el concepto, y se puede entender que el reconocimiento se hace únicamente de forma parcial respecto a la jurisprudencia del TJUE.

227.- No obstante, hay sentencias de otros órganos que sí recogen la posibilidad de que haya una sucesión de entidad económica, aunque no haya habido cambio de propietario. Este sentido la STSJ de Madrid de 11 de diciembre de 2015 (AS 2016, 124) considera que existió sucesión entre las contratas que sucesivamente prestaron servicios de soporte informático y telemático en diversos órganos de la Administración de Justicia. El Tribunal estima que existe transmisión de elementos patrimoniales básicos para la realización de la actividad, a pesar de que la empresa cedente no es la propietaria de los medios de producción que transmite, pues estos pertenecen a la nueva concesionaria. Debiéndose puntualizar en este orden de cosas para entender producido el cambio de titularidad o la transmisión de empresas a que se refiere el art. 44 del ET basta que lo cedido sea una unidad productiva autónoma, es decir, una empresa, sin que sea obstáculo el título, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes fundamentales de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio.

228.-CRUZ VILLALÓN, J.: “Empresario”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 189, 2016

2.5.- Sucesión de plantilla

La doctrina de la sucesión de plantilla es aplicable en los casos en los que no hay traspaso de título, ni de activos, solo de trabajadores. En este sentido, ha de señalarse que lo más relevante es que la transferencia de trabajadores ocurra en un sector en concreto, los sectores conocidos como inmateriales o de actividades desmaterializadas, donde la entidad económica pueda llegar a ser precisamente la mano de obra.

En este punto, altamente relevante, se aprecia un importante giro en la doctrina judicial nacional con el paso del tiempo. Así, en un principio la jurisprudencia vino entendiendo que el desempeño de una tarea (limpieza, empaquetado, lavandería, cocina, etc.) en el seno del proceso productivo no alcanzaba la independencia suficiente como para que pudiera hablarse de organización productiva autónoma y proceder a su traspaso; en tal caso la realización de unos servicios carecía de todo elemento patrimonial que lo soportase, e incluso la pura organización empresarial no era transmitida sino sencillamente sustituida. De este modo se estaba ante fenómenos diverso y prohibido; se decía en estos casos, que facilitar los elementos necesarios, que seguían en propiedad, posesión y administración de la empresa cedente no era una transmisión patrimonial de los mismos, sino una puesta a disposición.²²⁹

El TS, desde 2004, ha terminado por aceptar el criterio del TJUE respecto de la asunción de una parte de la plantilla como indicio muy relevante de que se ha producido la subrogación empresarial. De hecho, este cambio de criterio se recoge en la Sentencia 6892/2004 donde se refleja la dificultad que la Sala veía para poder aplicar la doctrina de la sucesión de plantilla. Ello porque mantenía que difícilmente podía ser la asunción de la plantilla como un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento, basándose en dos aspectos:

229.- SEMPERE NAVARRO, A.: *"Aspectos laborales de la Reestructuración Empresarial..."* op. últ. cit

1.- El primero relativo a la dificultad de compartir el concepto de que el efecto de la transmisión, que precisamente es la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, sea la causa de la transferencia, es decir, no cabe, en principio, transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión. En realidad, la incorporación "*total o parcial*" de la plantilla que se produce en estos casos nada tiene que ver con la transmisión de un establecimiento empresarial, sino que se trata de decisiones de la autonomía privada, que se orientan, bien a la nueva contratación de unos trabajadores con experiencia previa en la actividad que continúa o bien a establecer unas garantías adicionales para el personal de la empresa saliente con el fin de evitar que la terminación de la contrata suponga para ellos la entrada en el desempleo. Este ha sido el caso de las garantías contenidas en determinados convenios colectivos sectoriales, entre los que pueden citarse los de limpieza y seguridad. En ellos se aprecia que estas garantías se habían establecido porque el supuesto no era reconducible a lo dispuesto en el artículo 44 ET. (Vid infra cap. III apartado 2.6)

2.- El segundo aspecto se relaciona con la cesión de los contratos y con las garantías de los trabajadores frente a descentralizaciones productivas estratégicas. La jurisprudencia mantiene que la subrogación en los contratos está vinculada a la transmisión de la empresa, porque de esta forma se establece una garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si los contratos se mantuviesen con el empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo.

La Sala establecía que estos dos conceptos muestran los inconvenientes de aplicar el criterio de la sucesión en la plantilla como un supuesto de transmisión de empresa incluido en el artículo 44 ET. y en las Directivas comunitarias, con independencia de que el TS deba seguir ese criterio por el principio de vinculación a la doctrina comunitaria.

Es decir, como se apuntaba anteriormente el TS no está de acuerdo con el concepto de la doctrina de la sucesión de plantillas, pero entiende que la tiene que acatar.

En la STS 1998/2005²³⁰ se insiste en que, para que exista sucesión de empresas, es necesario que entre el cedente y el cesionario exista una transmisión de activo patrimonial. Ello, no obstante, ya se empieza a aceptar la doctrina de la sucesión de plantillas, es decir, que, de conformidad con esa doctrina, la sucesión únicamente se produce porque la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o, con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión. Un sector de la doctrina estimó que la jurisprudencia del TS se apartaba de la emanada del TJUE, invocando al efecto la sentencia Schmidt, pero la tesis contenida en esa sentencia, entiende el TS, fue rectificada por la sentencia Sūzen, donde se afirmaba que la mera sucesión en una actividad objeto de contrato no es suficiente para apreciar una transmisión de empresa, sino va acompañada de la cesión entre ambos empresarios de elementos significativos del activo material o inmaterial.

Posteriormente el TS sí que recoge que es cierto que la jurisprudencia comunitaria añade un elemento adicional cuando afirma que, si la actividad empresarial descansara fundamentalmente en la mano de obra, podría mantenerse la identidad después de la transmisión cuando el nuevo empresario no se limitara a continuar la actividad de que se trata, sino que, además, se hiciera cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia del personal, que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. Esta es la misma tesis que se mantuvo en las sentencias Hernández Vidal y Sánchez Hidalgo. Doctrina que alcanzó su máxima expresión en las sentencias Temco y Sodexho²³¹, en este último asunto el elemento adicional llegó a hacerse efectivo e imponer la sucesión cuando el nuevo empresario se hacía cargo de parte de la plantilla del cedente.

230.- STS 1998/2005 de 4 de abril de 2005 (2423/2003) (RJ 2005\5736)

231.- Recordemos que la sentencia Sodexho no versaba sobre la sucesión de plantilla. Se le imponía a Sodexho subrogarse en los contratos de los trabajadores no porque Sodexho hubiera incorporado a su plantilla un número relevante de trabajadores del cedente, de hecho, no incorporó a ninguno, no obstante, incorporó suficientes activos y bienes como para entender que, aunque no había habido cambio de titular había una sucesión de la entidad económica basada en sucesión de activos y bienes, lo que conllevaba que igualmente había que transmitir los contratos de los trabajadores.

Prosigue el TS estableciendo que a la vista de esas resoluciones el mismo TS tuvo que cambiar su anterior doctrina, cambio que ya se anunciaba en las sentencias de 20 de octubre de 2.004 y que se plasmó en la de 27 del mismo mes y año. Así se rectifica la doctrina en el sentido de que la sucesión procede, no sólo cuando hay transmisión de activos patrimoniales, sino también en aquellos otros supuestos en los que el cesionario de una actividad se hace cargo en términos significativos de calidad y número de parte de personal del cedente.

En la STS 3581/2014²³² donde la sucesión de plantilla está plenamente incorporada en la jurisprudencia, se plantea un recurso de casación de unificación para la doctrina, que va a permitir entender, por un lado, el análisis que hay que hacer, para saber si se aplica la sucesión. Por otro lado, cómo afecta la dimensión geográfica y de centro de trabajo a la misma doctrina.

La contradicción en las sentencias para solicitar la unificación de doctrina existe porque la sentencia de contraste había estimado que había sucesión de empresa, modalidad de sucesión de plantilla, ya que la mayor parte de las trabajadoras afectadas seguían realizando las mismas tareas en el mismo centro de trabajo de la empresa comitente. Sin embargo, la sentencia recurrida había resuelto lo contrario al entender que, aunque la nueva contratista se había hecho cargo del 70 por cien de los empleados de la anterior en la contrata de Madrid, tal asunción voluntaria de empleados, no le obligaba a subrogarse en todos los contratos de trabajo de la anterior, ya que la empresa tenía con la comitente un contrato marco de servicios auxiliares para toda España. En virtud de lo dispuesto en este contexto, para que operase la subrogación, sería preciso que la sucesión afectara a una parte sustancial de la plantilla ocupada en todos los centros del país y no sólo de la Comunidad de Madrid, pues lo cedido era la contrata en su totalidad. La contradicción se fundamenta en que para la sentencia recurrida la subrogación empresarial, por sucesión en la plantilla, es preciso que la sucesión afecte a la mayoría de los centros de trabajo, mientras que para la sentencia de contraste la sucesión no es global, sino que opera por centros de trabajo.

232.- STS 3581/2014 de 9 de julio de 2014, (1201/2013) (RJ 2014\4637)

Por lo demás la citada STS se relevante en dos aspectos:

- Uno primero donde defiende que la teoría denominada sucesión de plantilla, en virtud de la cual, se da el supuesto de hecho legal de la sucesión de empresa en los casos de sucesión de contratas o concesiones de servicios en los que concurran determinadas circunstancias o se cumpla determinados requisitos. Supuestos de sucesión de contratas o concesiones con "sucesión de plantilla" pueden apreciarse ante la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1.- Una empresa contratista o adjudicataria de servicios ("empresa entrante") sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades ("empresa saliente") por cuenta o a favor de un tercero (empresa "principal" o entidad "comitente");
- 2.- La sucesión de contratas o adjudicaciones se debe a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la "empresa saliente", encargando a la "empresa entrante" servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior;
- 3.- La "empresa entrante" ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la "empresa saliente"; y
- 4.- El activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la "mano de obra" organizada u organización de trabajo.

Sobre la mano de obra cabe resaltar que el TS consideró que la empresa entrante había asumido una gran parte de la mano de obra (más del 70 por cien) de la anterior, trabajadores a quienes había empleado en los mismos hipermercados en los que venía trabajando, sin que la nueva empleadora, aparte de algún trabajador propio, hubiera aportado elementos materiales que fueran necesarios para el desarrollo de la actividad, lo que evidenciaba que lo esencial para los "servicios auxiliares" que prestaba era la cualificación y experiencia profesional de los trabajadores que empleaba y no la aportación de elementos materiales necesarios para la producción, máxime cuando tal aportación no consta.

- El segundo aspecto relevante son los motivos que va impedir que la subrogación opere por centros de trabajo o por provincias u otro tipo de división territorial:

1.- Porque la contrata no es una unidad productiva autónoma a los efectos del artículo 44 ET. El contratista adquiere el derecho a prestar el servicio o a ejecutar la obra, pero no adquiere ninguna empresa, ni ninguna actividad productiva autónoma en el sentido del artículo 44.1 ET. porque nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios.

2.- Porque no pueden confundirse, como hace la sentencia recurrida, los conceptos de "contrata" y de transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, pues se trata de contratos de naturaleza y contenido diferentes, dado que el primero no requiere la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios para configurar una estructura empresarial, organización empresarial que en principio tiene el contratista.

3.- Porque la mera sucesión de contratistas no está contemplada en el artículo 44 ET cuando no existe transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada. La subrogación empresarial que el citado precepto estatutario impone si se podría producir cuando se transmite una organización empresarial en supuestos de "sucesión de plantilla", ello, porque, en los que la actividad descansa, esencialmente, en el factor humano, en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado, en la ejecución de la contrata. En estos supuestos, si el nuevo contratista asume la mayor parte del personal que empleaba el anterior, se entiende que existe sucesión de empresa en su modalidad de "sucesión de plantilla", lo que obliga al nuevo contratista a subrogarse en los contratos laborales del anterior, no de forma voluntaria sino por imperativo legal, al haberse transmitido una organización empresarial basada esencialmente en el factor humano, en el trabajo, como se deriva de la doctrina antes reseñada.

4.- Porque en los supuestos de "sucesión de plantilla" las obligaciones que impone el artículo 44 ET. operan en el ámbito en el que esta sucesión tenga lugar, esto es, a nivel de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma a la que pertenezca la mayor parte de la plantilla.

Según algunos autores, el TS, en síntesis, en su nivel de precisión «máximo», habla de dos posibles conceptualizaciones la asunción de una parte importante/esencial cuantitativamente de la plantilla; o bien, la asunción de una parte importante/esencial cuantitativa y cualitativamente de la plantilla²³³. De modo que, si en un supuesto de sucesión de contratas, el empresario entrante asumiera un número de trabajadores reducidos, pero éstos fueran los que controlaran los procesos clave de la actividad desmaterializada, debería entenderse que se está ante una entidad económica a los efectos del artículo. 44 ET.

El TJUE, en las sentencias de los asuntos TEMCO y CLECE²³⁴ ha señalado que ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad; aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se tratara, sino que además se haría cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiriría en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitiría continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable.

233.- GÓMEZ ARBOS, J: "La sucesión de empresas..." *op. ult. Cit y* BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. "Sucesión de contratas y "asunción de plantilla": un concepto jurisprudencialmente no homogéneo". 2015, *Blog del autor*: <http://ignasibeltran.com/2015/03/13/sucesion-de-contratas-y-asuncion-de-plantilla-un-concepto-judicialmente-no-homogeneo/>.

234.-STJUE de 20 de enero de 2011. Asunto CLECE, S.A., C-463/09

Es decir, lo jurídicamente relevante es que, independientemente del número de trabajadores asumidos, se pueda seguir realizando las actividades o parte de las actividades de manera estable. Por ello, se deberá analizar en cada caso objeto de sucesión, en primer lugar, si se ha traspasado la mayoría de la plantilla y, en segundo lugar, si ello no es así, si se ha traspasado el bloque de trabajadores esenciales para mantener esta misma actividad.

En este sentido en el supuesto analizado puede verse que la causa de la transmisión no estará tanto en la plantilla traspasada, que también, como en la actividad desarrollada. Para ello será necesario que se analice en cada caso la actividad de la empresa, antes y después del cambio de empleador, y que se identifiquen las actividades esenciales de la actividad de modo que esta se hubiese mantenido en términos muy similares a los que ya se venían desarrollando con anterioridad al cambio. Ha de prestarse a sí mismo atención a los clientes a los que se presta el servicio y a las funciones desarrolladas por trabajadores; ello con el fin de determinar si la actividad es esencial o no para la continuidad de la empresa.

La STS 3581/2014 referenciada no entra a debatir sobre el motivo que origina la incorporación de los empleados a la nueva empresa y ello es relevante porque este Tribunal mantiene que el artículo 44 ET no es aplicable en los supuestos de sucesión de contratas. Ello, no obstante, suele aceptar la sucesión de plantilla cuando la obligatoriedad para la empresa entrante de hacerse con los servicios de los empleados surge de la aplicación del convenio colectivo sectorial, eso sí, limitándose a los efectos que produzcan los convenios de dicho ámbito.

Por otro lado, como se ha podido revisar en dicha STS se mantiene que hay que someter a la potencial sucesión de plantilla a un análisis concreto es el recogido anteriormente. De contestar positivamente a todas ellas estaríamos ante la aplicación del artículo 44 ET basada en la doctrina de sucesión de empresa.

En cuanto a la sucesión de contratas, el TS en STS 5746/2014²³⁵ establece que la mera sucesión de contratistas no está contemplada en el artículo 44 del ET cuando no exista la transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada. Es decir, volviendo a la doctrina relativa al no reconocimiento de la entidad económica. Continúa esta sentencia manteniendo que la subrogación empresarial, que el citado precepto estatutario impone, sí se produciría cuando se transmitiera una organización empresarial en los supuestos denominados "sucesión de plantilla", en los que la actividad descansa, esencialmente, en el factor humano, en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado, en la ejecución de la contrata. En estos supuestos, si el nuevo contratista asume la mayor parte del personal que empleaba el anterior, se entiende que existe sucesión de empresa en su modalidad de "sucesión de plantillas", lo que obliga al nuevo contratista a subrogarse en la posición contractual del empresario anterior, no de forma voluntaria sino por imperativo legal, al haberse transmitido una organización empresarial basada esencialmente en el factor humano, en el trabajo, aspecto que se deriva de la doctrina judicial antes reseñada.

Por lo demás, en la STS 1818/2016²³⁶, se mantiene que un supuesto de sucesión de contratas en las que no hay transmisión de empresa, entre la empresa saliente y la empresa entrante, (además se dice, y esto es clave), que no hay traspaso de una entidad económica que mantenga su identidad entendida como un conjunto de medios organizados, ya que aunque hubo empleados que se transfirieron de la empresa saliente a la entrante, esto no se hizo de forma voluntaria; al contrario, la asunción de los trabajadores se produce como consecuencia de la imposición ordenada por el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad²³⁷.

235.- STS 5746/2014 de 9 de julio de 2014

236.- STS 1818/2016 de 7 de abril de 2016

237.- MERCADER UGUINA, J.R.: "Sucesión de contratas y transmisión de empresas" *El laborista*, noviembre 2016: Califica la STS 1818/2016 de controvertida, haciéndose eco de que esta respuesta significa que el Art. 44 ET no aplica en una subrogación obligatoria

De todo lo expuesto puede deducirse que no estemos ante la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 ET, la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. Por el contrario, en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable. Por tanto, la nueva empresa adjudicataria del servicio de seguridad que tiene obligación de subrogarse en los trabajadores de la anterior empresa por mandato del artículo 14 del Convenio Colectivo, lo debe hacer con los requisitos y límites que el mismo establece, y no según lo que dispone en el artículo 44 ET.

En este punto conviene advertir que la naturaleza del fenómeno subrogatorio es singular también en sus efectos, según el TS:

- a) Se asume a los trabajadores del empresario saliente (en las condiciones previstas por el convenio) en un caso en que ni la norma comunitaria ni la Ley española obligan a ello.
- b) La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una "sucesión de plantilla" y una ulterior "sucesión de empresa".
- c) Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo.
- d) Puesto que, si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva.

Este resultado del análisis subrogatorio al que se llega en la STS 1818/2016, no solo se explica por la necesidad de conectar previsiones de cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional) sino también por el necesario respeto a los principios de norma mínima y de primacía del Derecho Comunitario. La continuidad laboral de los contratos está en manos del convenio colectivo y esa regulación es la que debería aplicarse en todo lo que sea compatible

con las restantes. Son los propios agentes sociales quienes, conocedores de que sin su acuerdo tampoco habría continuidad laboral en casos análogos, han conferido una solución específica al supuesto (subrogación en determinados contratos, obligaciones del empleador entrante con alcance pautado).

2.6.- Subrogación obligada por convenio colectivo

La subrogación obligada por Convenio Colectivo es entendida por nuestro ordenamiento jurídico como una asimilación en la que puede operar el artículo 44 ET; ello a pesar de que no se cumplan los requisitos establecidos en el mencionado artículo. Así se daría una sucesión de contratas en sectores en los que la mano de obra es el ser de la actividad y así se reconoce en el convenio colectivo aplicable²³⁸. Este caso es potencialmente similar al de la sucesión de plantilla revisado en el punto anterior (Vid supra cap. III, apartado 2.5) con la única, pero relevante diferencia, es que en el convenio colectivo se prevé como debe aplicarse dicha sucesión de contrata, acarreando los aspectos del artículo 44 ET en la forma en que establezca dicho convenio colectivo.²³⁹

238.- ARETA MARTINEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.: Sucesión de empresa. *Op. ult. Cit.*: La cláusula de subrogación empresarial de un convenio colectivo sectorial opera, aunque la contratista entrante sea un Centro Especial de Empleo y la saliente una empresa del mercado laboral ordinario. Los trabajadores sin discapacidad de la contratista saliente quedan adscritos a un CEE donde al menos el 70% de la plantilla debe estar integrada por trabajadores con discapacidad. Igualmente, si la contratista entrante es una empresa del mercado laboral ordinario y la saliente un CEE. En tal caso, el trabajador con discapacidad pasa del mercado laboral especial protegido al mercado laboral ordinario y su relación laboral especial (RD 1368/1985) se transforma en ordinaria.

239.- En este sentido cabe hacer referencia a la STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2016 (AS 2016, 633) que diferencia los dos supuestos, de esta forma aborda y resuelve un supuesto de sucesión de contratas en la prestación de servicios consistentes básicamente en actividad de vigilancia y seguridad, al haber asumido la empresa entrante una parte significativa de la plantilla de la saliente por aplicación de los dispuesto en el Convenio Colectivo aplicable. En opinión de la Sala, si bien la asunción de parte de la plantilla por mandato de la norma convencional no puede cambiar la naturaleza y efectos de la sucesión entre de contratas, confundiendo el resultado de la aplicación de

En cuanto al tratamiento de la subrogación en la negociación colectiva, conviene detenerse en la regulación de la misma según previsiones contenidas en los siguientes convenios colectivos:

En primer lugar, en el Convenio Colectivo Estatal del sector de la limpieza²⁴⁰, se prevé, en su artículo 17, la subrogación de personal cuando tenga lugar un cambio de contratista o de subcontratista en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del convenio; ello en relación con cualquier tipo de cliente, ya sea público o privado. Se exige, no obstante, que los empleados ostenten ciertas características, como ciertos meses de antigüedad en la contrata. También, en el mencionado Convenio Colectivo se establecen los supuestos de división de contratas y agrupaciones de contratas. En su artículo 18 se recoge la subrogación de plantilla entre empresas dedicadas a la limpieza de aviones en recintos aeroportuarios, incluyendo el “handling”, anteriormente objeto de tratamiento por parte del TS y también se establecen condiciones y criterios para la subrogación.

En segundo lugar, en términos similares, en el Convenio Colectivo de la Comunidad de Madrid del sector de la Limpieza²⁴¹, se recoge, en su artículo 24, la subrogación de personal cuando tenga lugar un cambio de contratista o de subcontratista y en el art 24 a) se prevé la subrogación de plantilla entre empresas dedicadas a la limpieza

un convenio con el supuesto regulado en el art. 44ET, cuando la empresa entrante asume voluntariamente a trabajadores de la empresa saliente más allá de lo exigido por la norma convencional debe aplicarse lo establecido en la norma legal, pues se produce el supuesto de sucesión en la plantilla. En palabras del Tribunal: “El razonamiento no deja de tener su lógica, si bien para poder profundizar en si procede o no aplicarlo en este litigio sería presupuesto necesario saber si ese 70% de la plantilla “Falcón” asumido por “Prosegur” trae causa única y exclusivamente del art. 14 del repetido convenio o, por el contrario, también incluye personal voluntariamente asumido por la nueva contratista, pues en este último caso parece claro que, si ella es la que pone en marcha el mecanismo de sucesión de plantillas, deberá hacer frente a las consecuencias que ello conlleva, que no son otras que la aplicación del art. 44ET.”

240.- Colectivo Estatal del sector de la limpieza publicado en el BOE el 23 de mayo de 2013

241.- Convenio Colectivo de la Comunidad de Madrid del sector de la Limpieza, publicado en el BOCM el 10 de marzo de 2014.

de aviones en recintos aeroportuarios, incluyendo el “handling” también con requisitos y condiciones para la subrogación.

En tercer lugar, en el Convenio Colectivo Estatal del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado²⁴², se prevé en el capítulo XI, artículos 49 y siguientes donde se habla de la estabilidad en el empleo y de las potenciales situaciones de subrogación empresarial, también con requisitos para que el trabajador sea tenido en cuenta, de antigüedad y de información por parte de la empresa saliente.

En cuarto lugar, en el Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad²⁴³ recoge en el artículo 14 lo que denominan subrogación de servicios.

En quinto lugar, en el Convenio Colectivo Estatal del sector del contact center²⁴⁴, se recoge en su artículo 18 que cuando ocurra un cambio de empresa de contact center en la prestación de servicios a terceros, la nueva contratista deberá incorporar a toda la plantilla de la contratista anterior al proceso de selección para la nueva plantilla. Estando obligado a integrar la plantilla con al menos al 90 por cien con trabajadores que estaban contratados en la campaña o servicio por la anterior empresa siempre que hubieran prestado su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña. Se habla siempre de nueva contratación no de subrogación, aunque hay que mantener las condiciones salariales y se respetara el tiempo y la formación consolidadas en el cedente a los únicos efectos de la promoción profesional.

242.- Convenio Colectivo Estatal del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, publicado en el BOE con fecha de 30 de julio de 2013

243.- Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad publicado en el BOE con fecha de 25 de julio de 2013

244.- Convenio Colectivo Estatal del sector del contact center publicado en el BOE el 27 de julio de 2012 (antes telemarketing).

De esta forma, el sector del call center donde se podría entender que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, de hecho, el Convenio Colectivo exige al nuevo contratista que se quede con el 90 por cien de la plantilla de la otra empresa, no tiene el respaldo o la garantía de parte del artículo 44 ET que en otros sectores sí se da.

Por su lado el TS en la Sentencia 3279/2005²⁴⁵ se mantiene que en las contratas sucesivas de servicio como el de limpieza, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida. Así pues, habrá que estar a lo previsto por la norma paccionada para decidir la controversia. Esta postura del TS se ha mantenido a lo largo de los años. Así, en su sentencia 989/2013²⁴⁶ se dice que el mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en el artículo 44 ET, pues «ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación», de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulado en dicho precepto sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, por lo que no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación.

245.-STS 3279/2005, de 26 de mayo de 2005

246.- STS 989/2013, de 12 de febrero de 2013

Como último apunte recalcar la importancia de la información o documentación a aportar a la empresa entrante. En este punto conviene hacer referencia a la STS 5393/2003²⁴⁷ donde se revisa la importancia de facilitar la información establecida en el convenio colectivo y la repercusión de la misma. Así esta sentencia mantiene que los convenios colectivos que establecen esta garantía suelen condicionar su efectividad a la puesta en conocimiento, a cargo de la empresa contratista de servicios de limpieza que cesa en el encargo por terminación del plazo convenido y con destino a la empresa contratista de servicios que le sucede en el mismo, de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente que especifican los propios convenios colectivos. La cuestión que plantea este recurso de casación para unificación de doctrina versa precisamente sobre el alcance del deber de comunicación de datos sociolaborales sobre el personal empleado de la contratista saliente a la contratista entrante, previsto en los convenios colectivos del sector. De acuerdo con la doctrina ya unificada en esta sentencia la subrogación puede operar, incluso cuando la documentación no está totalmente completa, siempre que no se trate de falta de documentación imprescindible para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar que se han atendido sus obligaciones dinerarias y de la Seguridad Social. Esta misma sentencia de 11 de marzo de 2003 se encarga de precisar que si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante.²⁴⁸

En definitiva, el que se delegue a los Convenios Colectivos la potestad de decidir cuándo aplica la subrogación empresarial y cuando no, parece lógico dado que no es la única regulación cuyo desarrollo se delega en ellos confiando en la profesionalidad, experiencia en el sector, saber hacer y buena fe de las partes firmantes de los mismos. No obstante, este razonamiento no deja de suscitar cierta

247.- STS 5393/2003 de 28 de Julio de 2003(RJ 2003\7782)

248.- CRUZ VILLALON, J.: "Empresario..." *op. ult. cit.*: los tribunales pueden diferenciarlos atendiendo a la gravedad de los incumplimientos documentales, cuando la empresa saliente incumple parcialmente alguno de los requisitos documentales que condicionan la subrogación.

preocupación cuando se pone en práctica, ya que al existir convenios colectivos de distinto alcance se puede dar el supuesto en que en una provincia se trate de una forma, y en otra, de forma distinta o no se trate. Existen ocasiones en los que los ámbitos de los convenios se superponen, como, por ejemplo, el Convenio Colectivo de oficinas y despachos de Vizcaya²⁴⁹ que recoge así mismo las relaciones laborales de todo el personal de empresas de Organización de empresas y organización contable, empresas de servicios de informática, empresas de ingenierías y consultorías, que a nivel estatal son convenios colectivos separados.

Igualmente, se puede dar desigualdad tanto para empresas como para trabajadores dependiendo del sector en un tema tan relevante como es el contrato de trabajo, antigüedad, salario y demás términos y condiciones. Otro ejemplo sería el de los convenios colectivos de limpieza y el de vigilancia, donde todos los empleados que cumplan los criterios establecidos, pasan obligatoriamente de una empresa a otra cuando hay un cambio de contrata, subrogándose el nuevo contratista en los contratos de trabajo de los empleados, por el contrario, en el sector del telemarketing o Contact Center donde parece que el contrato se extingue para que posteriormente el nuevo contratista consolide una plantilla con gran parte de la población que estaba en la empresa que prestaba servicios en el contrato anterior, donde no hay subrogación, por lo que no se mantiene la antigüedad y hay un contrato nuevo, donde se exige que el sueldo sea igual.²⁵⁰ Este aspecto será analizado con mayor profundidad como parte de la valoración del capítulo (Vid infra cap. III, apartado 3.5).

249.- Convenio Colectivo del Sector Oficinas y Despacho de Vizcaya, publicado en el BOB el 6 de junio de 2011, prorrogado para 2014 por resolución de 19 de diciembre de 2013, del Delegado Territorial de Trabajo, Empleo y Políticas Sociales de Bizkaia del Departamento de Empleo y Políticas Sociales publicado en el BOB el 13 de febrero de 2014.

250.- Siempre será viable intentar impugnar el Convenio Colectivo, pero se parte de una posición menos favorable. Si de entrada el TS es reacio a la aplicación de la sucesión de plantilla, aunque reconoce que esta debe existir tal y como se desprende de la jurisprudencia del TJUE, solo admitiéndola si se reconoce en un Convenio Colectivo aplicable, la posición de partida puede ser poco optimista, ya que sindicatos y patronal del sector en el ámbito que sea han acordado que no lo estiman oportuno.

2.7.- Subrogación obligada por pliego o concurso

Otra posibilidad que se puede producir en la práctica, es el que haya una subrogación obligatoria recogida en los pliegos, concursos privados, ofertas públicas, etc. Al respecto, el TJUE pone el acento en la continuación de la actividad productiva, el Supremo se centra en la transmisión de la infraestructura (utillaje, organización y soporte patrimonial) y que, según el autor, tras múltiples vacilaciones, la jurisprudencia comunitaria pareció acercarse al terreno que previamente había marcado nuestro TS. El Tribunal Supremo entiende en este sentido, que existe subrogación en el supuesto de traspaso del servicio de restauración colectiva de un hospital cuando se transmiten elementos materiales (infraestructura) relevantes.²⁵¹

Por lo demás, en el caso de adjudicatario único de determinada actividad, por ejemplo, manejo de equipajes en aeropuertos, pese a que el pliego de condiciones de una contrata parcial y ulterior lo prevea, sino existe verdadera transmisión de la organización productiva y los trabajadores se oponen a ello (pues la nueva empresa merece menos crédito) se ha entendido que la subrogación no puede operar. En los supuestos como el descrito, la negativa del trabajador al cambio de empleador comporta la nulidad de la cesión contractual y la consiguiente subrogación, aunque haya sido aceptada por los representantes legales. Consecuencia práctica y concreta de tal enfoque es que, si el trabajador reclama la nulidad de la subrogación, de modo que esta evidenciado su falta de aceptación de la subrogación, esta no le afecta, pero la acción estaría prescrita si se reclamara transcurrido un año desde que se produjo el traspaso.

La jurisprudencia nacional ha tenido ocasión de revisar el tratamiento de la subrogación por pliego o concurso en numerosas ocasiones, de esta forma se pueden analizar las siguientes sentencias:

234.- SEMPERE NAVARRO, A.: “Aspectos laborales de la Reestructuración Empresarial...” *op. últ. Cit*

En primero lugar, la STS 5442/2005, en la que el Tribunal se limita a determinar si en los procesos de segunda adjudicación del servicio handling en los aeropuertos se produce o no una verdadera sucesión de empresas. Se mantiene que en el caso enjuiciado no se ha producido una verdadera sucesión de empresa conforme al artículo 44 ET., porque no se está ante el fenómeno de una sucesión de empresas, sino, por el contrario, de una propia novación de contrato por cambio de empleador, lo que requiere el consentimiento del trabajador afectado.

Otro de los requisitos esenciales en la sucesión de empresa es el relativo a la transmisión de la titularidad, entendiendo por tal concepto traslativo no solo el cambio de la titularidad nominativa de la empresa sino también la transmisión al cesionario, de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. En cuanto a la subrogación de los contratos de trabajo la misma STS 5442/2005²⁵² dice que en aquellos casos en que la autonomía colectiva, en su ámbito de aplicación, establezca la obligación de subrogación en los supuestos, sin más, de un cambio en la titularidad de la empresa o en aquellos otros en que el pliego de condiciones lo imponga como deber jurídico de nuevo contratista. De no ser así lo que únicamente acaece es la finalización de una contrata que se extingue por el plazo de una concesión o adjudicación y la entrada de un nuevo empleador -sea un nuevo contratista o el empresario principal a quien revierte el servicio o actividad- no ligado con el anterior por ningún tipo traslativo respecto de los elementos materiales y organizativos de la empresa.

De lo expuesto anteriormente, se viene admitiendo la subrogación en los contratos de trabajo, en los términos establecidos en el pliego de condiciones de la contrata, cuando se produce una verdadera sucesión en la contrata, es decir, cuando en esta última, considerada en su unidad, se produce un cambio de titularidad del contratista que va acompañada por la transmisión del antiguo al nuevo de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización básica de la explotación.

252.- STS 5442/2005, de 22 de septiembre de 2005

En la situación revisada en la sentencia citada no se puede hablar de sucesión de empresa sino, más bien, de una novación del contrato por cambio de empleador que es deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario. Y al ser, pues, una novación del contrato, la misma, no se puede llevar a cabo sin el consentimiento de los acreedores de dichas obligaciones empresariales, artículo 1.205 CC.

En segundo lugar, la STS7971/2005²⁵³ lleva a cabo una revisión de la doctrina de sucesión de plantilla, fundamentada por el pliego de condiciones de una concesión administrativa y el tratamiento que debe tener dicha concesión, revisando el caso de Eurohandling UTE y establece que el criterio de la Sala se funda en que no se ha producido en el presente caso el supuesto del artículo 44 ET; y que, por ello, la transferencia a Eurohandling de los servicios de asistencia en tierra que antes prestaba "Iberia" supone una novación de contrato por cambio de empleador que no puede hacerse sin el consentimiento personal e individual de los trabajadores afectados, y que no puede ser sustituido por un acuerdo colectivo sobre el método de la subrogación de personal.

En este supuesto, la Sala de suplicación conoce y da cuenta de esta doctrina unificada, pero, tras aludir a ciertas vacilaciones en el criterio de la Sala, afirmación que no comparte el Magistrado autor del voto particular que acompaña a la sentencia recurrida, se aparta de ella acogándose al criterio que considera que se mantiene en esta materia por el TJUE sobre la denominada "sucesión en la plantilla". El TS mantiene que lo que se ha producido es una decisión de la empresa demandada, "Iberia" de transferir parte de su plantilla a otra empresa, fundándose en el pliego de condiciones de una concesión administrativa. Ahora bien, la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede

253.- STS 7971/2005, de 20 de diciembre de 2005

cuando se trata de una mera decisión unilateral de la empresa, que, como es notorio, ha sido impugnada por un gran número de trabajadores y que ha dado lugar incluso al planteamiento de conflictos colectivos.

El hecho de que tal decisión de la empresa se apoye en el pliego del concurso aprobado por la Administración de los aeropuertos es también de todo punto irrelevante, porque tal pliego podrá ser obligatorio para "Eurohandling" que lo ha aceptado, creando para ella la obligación de admitir a los trabajadores de "Iberia" que decidan pasar a ella como nueva concesionaria del servicio de asistencia, pero no obliga a los trabajadores que no han participado en ese concurso, y que, por su condición de personas, tampoco pueden ser objeto del mismo. Otro tanto hay que decir sobre los acuerdos con los órganos de representación de personal, porque la Sala ya había precisado que esos acuerdos no pueden alterar el régimen legal de garantías que deriva del artículo 44 ET, aparte de que, como también ha dicho la Sala, se trata más bien de acuerdos de «método» que de acuerdos de establecimiento de la sucesión.

En tercer lugar, El supremo en la STS 2307/1993²⁵⁴ mencionaba que cuando el dueño de la actividad sea un ente administrativo que la adjudique mediante concesión o contrata, los pliegos de condiciones puedan ocuparse -y generalmente lo hacen- sobre la asignación del personal de los adjudicatarios anteriores a los sucesivos, imponiendo la subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo; lo cual es posible, no porque se deje a la discrecional voluntad del ente público la posibilidad de establecer o no la subrogación que se impone "ope legis"; sino porque, en tal caso, el pliego de condiciones lo que haría sería perfilar el objeto de la concesión y despejar, de antemano, cualquier duda que pudiera plantearse al respecto y, sobre todo, poner de manifiesto la asunción de la obligación de subrogarse, por parte de la empresa concesionaria, por la vía contractual que ofrece la Administración en su convocatoria.

254.- STS 2307/1993, de 5 de abril de 1993(RJ 1993\2906)

En cuarto lugar, en la Sentencia 7341/2005²⁵⁵ el TS mantiene que pese a no tratarse de un supuesto de sucesión con los efectos del precepto estatutario, los derechos y obligaciones de las partes podían asimilarse a los derivados del artículo 44 ET a la vista del tenor literal de la cláusula 16 del Pliego de Explotación, a cuyo tenor: "La entrada de un segundo operador supone una sucesión en la actividad realizada por el primero, en cuanto a prestaciones de handling preexistentes, en la proporción a la actividad que dicho segundo operador (adjudicatario del concurso) pase a desarrollar durante el período de adaptación al marco de handling liberalizado. En consecuencia, el adjudicatario de este concurso tiene la obligación de subrogarse en las condiciones legalmente establecidas del personal que el primer concesionario de handling destina a la prestación de este servicio en igual proporción a la actividad en la que sea sucedido por el segundo operador".

En definitiva, puede apreciarse claramente que es el pliego de condiciones el que impone al nuevo adjudicatario la subrogación de derechos y obligaciones del anterior a los efectos pueden asimilarse a los del artículo 44 ET. Cabría preguntarse si esto afecta solo a los pliegos de las administraciones o también a los concursos privados. A nuestro entender en ambas situaciones, habría que revisar en que consiste el pliego o el concurso para ver si es una UPA, si es una UPA habría que transmitir a los empleados, si no es una UPA porque no hay título y es una entidad económica, habría que ver si cumple con los requisitos para que la misma sea sujeto de una sucesión empresarial, incluido la revisión de cuantos trabajadores pasan con el nuevo empleador si se trata de un sector inmaterial para ver si aplica o no el artículo 44 ET. Se valorará la diferencia entre ambos ordenamientos jurídicos más adelante (Vid infra cap. III, apartado 3.7) ²⁵⁶

255.- STS 7341/2005, de 22 de noviembre de 2005

256.- SALA FRANCO T. en AA.VV. Relaciones Laborales. 5ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, 2014: ¿Hay sucesión de empresa en el caso de una concesión administrativa? Todo dependerá, como en el caso de las contrataciones de obras o servicios, de que la concesión incluya o no la puesta a disposición del concesionario de una organización empresarial. En el primer caso habría transmisión y no en el segundo.

2.8.- Subrogación obligada por acuerdo entre cedente y cesionario

En cuanto a la subrogación por acuerdo entre cedente y cesionario, al igual que en los casos de pliegos o concursos, habría que revisar los acuerdos directos entre las mencionadas partes, por los que se llevan a cabo los negocios jurídicos de la transmisión o del servicio, este tipo de acuerdos es altamente relevante en los contratos de externalización de parte de empresas o outsourcing, ya que dependiendo de lo que acuerden las partes, dentro del negocio jurídico, aplicara el artículo 44 ET. o no, es decir, el cuerpo del negocio jurídico conllevara o no el traspaso de la UPA. La diferencia con los casos anteriores es que aquí la contratación es directa sin acudir a un proceso de selección de proveedores a través de criterios para elegir los candidatos públicos o de un concurso. En este punto habría que estar, por tanto, y de forma pragmática, a la realidad sobre qué se entiende como objeto de sucesión en nuestro ordenamiento, no obstante, todo lo explicado anteriormente, entidad económica, sucesión de plantilla y de bienes es de potencial aplicación ya que actualmente sí que el TJUE lo aplica. Se valorará la diferencia entre ambos ordenamientos jurídicos más adelante (Vid infra cap. III, apartado 3.7).

2.9.- Matizaciones relevantes de la jurisprudencia

Tal y como se ha podido observar en los puntos anteriores, la jurisprudencia juega un papel determinante en los casos reales de transmisión de empresa, tanto a nivel europeo, ya examinado, como a nivel nacional, por lo que conviene analizar otras resoluciones puesto que son imprescindibles para poder delimitar cuando aplica el artículo 44 ET y cuando no y los motivos en cada supuesto.

En estas relevantes resoluciones se esclarece en primer lugar la reversión de la actividad (apartado 2.9.1); en segundo lugar, la compra de acciones, ¿Cuándo se adquieren la totalidad de acciones de una empresa significa que cambia el titular de la empresa y por tanto es de aplicación el artículo 44 ET? (apartado 2.9.2); y en tercer lugar la situación en la que queda la alta dirección, ¿Es la población de la alta

dirección, parte de la plantilla a ser transmitida si se aplica el artículo 44 ET? (apartado 2.9.3).

2.9.1.- Reversión de la actividad

La reversión se da cuando una actividad concreta que en un momento dado la desempeñaba la empresa principal, la cual decidió externalizar dicha actividad a una empresa de servicios y tras un periodo de tiempo, dicha empresa principal decide retomar la actividad desempeñando las labores ella misma, por lo que ya no contará con los servicios de la empresa proveedora. Dos sentencias sobre concesiones administrativas podrían citarse para entender mejor las consecuencias de la reversión.

Así, en primer lugar, en la STS 4710/2011²⁵⁷ se decide que en un caso de reversión de la actividad de limpieza no opera el artículo 44 ET al no aplicarle a la empresa que retoma dicha actividad el convenio colectivo de limpieza, ya que el convenio colectivo no puede, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Mantiene esta sentencia que así lo precisa el artículo 82.3 ET, al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación en el que solo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio; ello porque la empresa que asume la limpieza de sus propios centros de trabajo no desnaturaliza ni amplía el ámbito funcional de la empresa que asume tal actividad y de ahí que el mero hecho de que una empresa decida realizar la limpieza de sus propios locales o centros de trabajo directamente y con su propio personal, aunque éste sea de nueva contratación, no la convierte en modo alguno en una empresa dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales ajenos.

257.- STS 4710/2011, de 17 de junio de 2011(RJ 2011\5423)

En segundo lugar, otra sentencia a tener en cuenta es la 17810/2012²⁵⁸ del TSJ de Madrid. En esta sentencia se revisa el caso en el que al expirar la vigencia de la contrata para la prestación del servicio de restauración del Palacio Municipal de Congresos de Madrid (cafetería, restaurante y prestaciones complementarias), Madridec decidió prescindir de las actividades permanentes que exigía dicho servicio necesario, sin duda, para el correcto funcionamiento del Palacio de Congresos, para lo que clausuró la cafetería y los restaurantes, manteniendo sólo el de catering para cada uno de los eventos que de forma puntual pudieran celebrarse en el Palacio, conservando buena parte de las instalaciones, medios materiales y dotaciones necesarios para la prestación del catering, materiales que la última contratista vino utilizando para su debida prestación, incluidos los pertenecientes a la primera adjudicataria, Mallorca Catering, y los que eran propios del Palacio, y habiendo revertido a su favor todas las obras de mejora, adaptación y acondicionamiento que hubo de ejecutar Mónico Gourmet, S.L. Por todo ello, en dicha sentencia se establece que es obvio que nos hallamos ante un supuesto de sucesión de empresa del artículo 44 ET por reversión de la actividad e instalaciones.

La sentencia citada tiene un voto particular, formulado por el magistrado D. Javier Jose Paris Marín, en el que mantiene que no es aplicable el artículo 44 ET como vía legal para imponer a la empresa principal la subrogación en una actividad que no le es propia, porque la mera terminación de la cesión de uso de locales e instalaciones no comporta sin más una reversión aplicable a los supuestos de contrata de obras y servicios, como ya estableció el TS en Sentencias anteriores con invocación del Derecho Comunitario. Esta sentencia, en contra de lo afirmado por la sentencia de la Sala, es plenamente aplicable al caso que nos ocupa anteriormente.

Como puede observarse, la doctrina sigue manteniendo el criterio establecido por el mismo TS, es decir, sí se aplicaría la transferencia si la misma hubiera ido acompañada de un cambio de propiedad o estado en el Convenio Colectivo, al no

258.-STSJ de Madrid 17810/2012, a 4 de diciembre de 2012

darse esto, no aplica, al igual que en las contratas²⁵⁹. Posiblemente teniendo presente el inicio de la aplicación de sucesión de plantilla se basó en la obligatoriedad establecida en el convenio colectivo del sector aplicable. Como señala la doctrina, ha de considerarse que en las reversiones aplican las mismas doctrinas revisadas hasta ahora, lógicamente, por tanto, aplica a los supuestos en que es el propio empresario principal quien asume la realización directa de una actividad, hasta entonces subcontratada, si esa actividad igualmente no requiere infraestructura material significativa, descansa fundamentalmente en la mano de obra y se hace cargo de una parte esencial de los trabajadores del contratista saliente. De lo contrario, es decir, si en tales circunstancias el empresario principal no asume a ninguno de dichos trabajadores o solamente se hace cargo de una parte no esencial de los mismos, no existirá transmisión de empresa, lo mismo que si se tratara de un nuevo contratista entrante, quien conservará su libertad.²⁶⁰ Se valorará la diferencia entre ambos ordenamientos jurídicos más adelante (Vid infra cap. III, apartado 3.7).²⁶¹

2.9.2.- Compra de Acciones

El punto relevante en cuanto a las acciones es el negocio jurídico que se hace con la adquisición de las mismas, de esta forma en la STS 7731/1994²⁶² se revisa un caso

259.- Cabe recordar el Asunto Adif (vid supra cap. III, apartado 1.2) en el que había reversión con sucesión de entidad económica ya que Adif había puesto a disposición las grúas y otros materiales que ahora retomaba para seguir con la actividad, a pesar de no haber ofertado trabajo a ninguno de los empleados del proveedor.

260.- CAMPS RUIZ, L.M. y otros: "Derecho del Trabajo..." op. últ. cit

261.- Más complicado se antoja que el caso Madridec sea viable a fecha de hoy en España ya que como hemos visto no se reconoce la doctrina de sucesión de activos o bienes que estamos defendido en el presente estudio. Si se siguiese el concepto de entidad económica las decisiones tal vez hubieran sido distintas.

262.- STS 7731/1994 de 29 de noviembre de 1994 (RJ 1994\9245)

en el que básicamente solo se llevó a cabo la adquisición de las acciones, de esta forma la empresa en la que prestaban sus servicios los trabajadores afectados por el conflicto colectivo mantuvo y conserva su propia personalidad. Entiende el Tribunal que no fue absorbida por Telefónica, pues lo que hizo esta fue adquirir la totalidad de sus acciones. No cabe entender, por tanto, que concurre en el caso el artículo 44 ET, ya que no ha habido transmisión del conjunto organizado, para fines productivos, de los elementos personales y materiales que configuran la identidad de una empresa. Se reconoce que ENTEL dejó de realizar actividades que antes desarrollaba, así como que Telefónica obtuvo concesión de determinados servicios antes atendidos por aquella. No obstante, se esclarece que ni los trabajadores afectados cumplían un débito laboral en tales servicios, pues lo hacían en otros que asumió la entonces Dirección General de Correos y Telégrafos, ni en cualquier caso la sucesión en la actividad, cuando se produce sin transmisión de los elementos materiales que configura la unidad de producción, resulta enmarcable en el fenómeno de sucesión de empresa.

Por tanto, si a pesar de la venta o adquisición de las acciones la empresa sigue siendo independiente no hay sucesión de empresa, distinto sería y acompañando a la compra de acciones la empresa se absorbe o se fusiona con otra, aquí sí que aplicaría el artículo 44 ET, ya que habría una nueva sociedad y no seguiría siendo independiente.²⁶³

Otra sentencia, la STS 13660/1987²⁶⁴, nos ayuda a buscar indicios, manteniendo que una compraventa de las acciones de una sociedad anónima, que no lleva consigo, aunque sea total, la extinción de aquélla y su sucesión por la entidad adquirente,

263.- BAZ RODRIGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Editorial Comares, Granada, 2002; HERMINA, T.: "Derechos y deberes de los trabajadores y de los empresarios en las transmisiones de empresas según la nueva normativa comunitaria y del derecho interno español (la necesidad urgente de una reinterpretación", *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, núm. 195, 1999, p. 74) quien considera que por más que constituya un cambio real no puede hablarse en tal caso de transmisión de empresa.

264.- STS 13660/1987, de 19 de enero de 1987

sino que expresa sólo un cambio de la titularidad de las participaciones del capital social del que, en principio, no puede derivarse consecuencia alguna en orden a la permanencia de la sociedad. No puede equipararse la adquisición de las acciones del "Banco Comercial de Cataluña", que recoge la Sentencia impugnada, a una absorción con extinción de la sociedad absorbida, que no se ha acreditado y que correspondía al actor probar, recurriendo, en su caso, a las formas de publicidad que la propia Ley de Sociedades Anónimas establece en sus artículos 143 y 146.²⁶⁵

La situación de que unas empresas pertenezcan a otras cuando comparten dirección ha sido revisado por la STS 2934/1999²⁶⁶ bajo el concepto grupo de empresas, manteniendo que sin ocultar la dificultad que la materia ofrece, se ha de concluir que la sentencia no infringe ninguno de los preceptos que el recurso denuncia. Ello porque la dirección comercial única en un grupo de empresas, no implica necesariamente su confusión ya que por una parte la adquisición de las acciones de una empresa por otra no puede equipararse con la absorción que implica la extinción de la sociedad absorbida. Así, el hecho de que el grupo de empresas implique en determinados casos una sola unidad económica que comporte una comunicación de responsabilidades frente a sus trabajadores, tampoco se traduce ni en una confusión ni en una sucesión, siempre que se conserve la titularidad formal

265.- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Art. 143: 1. Los administradores podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del Consejo de Administración o cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los accionistas que representen un cinco por ciento del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieron conocimiento de los mismos, siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción. Art 146: Cuando la modificación estatutaria consista en restringir o condicionar la transmisibilidad de las acciones nominativas, los accionistas afectados que no hayan votado a favor de tal acuerdo no quedarán sometidos a él durante un plazo de tres meses, contados desde la publicación del acuerdo en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil.

266.- STS 2934/1999, de 30 de abril de 1999 (RJ 1999\4660).

de las distintas empresas y estas sigan siendo el marco de organización dirección y gestión diferenciado en que tienen lugar y se desenvuelven las relaciones laborales de sus trabajadores.²⁶⁷

Estos criterios son los que obligan a concluir que en el supuesto de Autos no se ha dado una sucesión de empresas, pues la empresa Aviaco aunque a causa del Plan director de Iberia de Febrero de 1997 ha reducido su actividad al operar conjuntamente con Iberia y bajo su código, conserva una organización dirección y gestión propia tanto para la actividad "charter" como para el cumplimiento del contrato de fletamento celebrado con Iberia. Tratando igualmente de esta forma, un tema como es el del grupo mercantil y no laboral.

Finalmente, cabe señalar que, en términos similares en la STS 9151/2012²⁶⁸ se establece que no estamos ante una transmisión de empresa a efectos del artículo 44 ET, sino ante una mera venta de participaciones sociales que no ha afectado a la posición empresarial: el empresario era y sigue siendo Embotits Rubio, S.L. y los bienes que constituían el patrimonio de la empresa no fueron de objeto de transmisión.

267.- Este fenómeno ocurriría igualmente en el supuesto de que una empresa adquiere las acciones de otra, incorporándola a su grupo de empresas, pero manteniendo a la empresa adquirida como independiente. En este sentido MARTIN VALVERDE, A: "Derecho del Trabajo.." Op. últ. Cit., los grupos de empresas son un fenómeno de concentración que, a diferencia de las subrogaciones o fusiones, mantienen la independencia jurídica de las sociedades agrupadas, aunque las somete a una dirección única. La creación de grupos de empresa se encuentra amparada por el Art 38 de la Constitución³⁸, que reconoce la "libertad de empresa en el marco de la económica de mercado". Mientras un sector doctrinal amplio viene postulando el tratamiento del grupo como una unidad, imputándole a él en su conjunto y no a cada empresa singular los correspondientes derechos y obligaciones, la jurisprudencia, respetuosa de la personalidad jurídica de cada sociedad integrada en el grupo, solo admite el "levantamiento de velo" que descubre al grupo como verdadero empresario unitario cuando tal grupo está formado por sociedades ficticias o aparentes, constituidas con finalidades fraudulentas (burlar los derechos de los trabajadores y/o el Fisco, etc.)

268.- STS 9151/2012 de 20 de abril de 2012

2.9.3.- Alta Dirección

En cuanto a la relación laboral especial de Alta Dirección, ha de traerse a colación la STS 6326/2011²⁶⁹. En esta sentencia se examina en detalle la complejidad existente entre la misma y la sucesión empresarial. A tal efecto, la sentencia mencionada cita los siguientes preceptos:

1.- En primer lugar, el artículo 44 ET, aparte de especiales garantías en orden a la responsabilidad solidaria sobre obligaciones, convenio colectivo aplicable, mandato legal de los representantes de los trabajadores, así como obligaciones de informaciones y consulta a los mismos, dispone con carácter general que el cambio de titularidad de una empresa, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior.

2.- En segundo lugar, el artículo 3 del RD 1382/85²⁷⁰, por la que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección, bajo el título «*fuentes y criterios reguladoras*» preceptúa lo siguiente:

- a) Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación.
- b) Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el ET, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto, o así se haga constar específicamente en el contrato.

269.- STS 6326/2011, de 27 de septiembre de 2011 (RJ 2012\1094)

270.- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.

- c) En lo no regulado por este Real Decreto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales.

3.- En tercer lugar, el artículo 10.3 del mismo RD dispone que el alto directivo puede extinguir el contrato especial de trabajo si hay un cambio importante en la titularidad de la empresa.²⁷¹

4.- En cuarto lugar, La Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles²⁷² establece que en el supuesto de que las modificaciones estructurales reguladas en esta Ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una UPA, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 ET.

Resuelve el Tribunal que la sucesión de empresa está admitida y procede en el marco del RD 1382/85, pero que se limita a la posibilidad de que el directivo extinga indemnizadamente su contrato en el plazo de tres meses y si el alto directivo puede durante los tres meses siguientes a la sucesión [mediando determinadas circunstancias] extinguir su contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas, y en su defecto fijadas en esta norma, no cabe duda que para el legislador el contrato persiste en sus propios términos y que el precepto se

271.- Art. 10.3: El alto directivo podrá extinguir el contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas, y en su defecto fijadas en esta norma para el caso de extinción por desistimiento del empresario, fundándose en las causas siguientes: ...d) La sucesión de Empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios.

272.- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles DA Primera, apartado 2: En el supuesto de que las modificaciones estructurales reguladas en esta Ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una UPA, serán de aplicación las previsiones recogidas en el art. 44 ET.

limita a contemplar un supuesto específico de dimisión causal, resultando totalmente arbitrario pretender, como el recurso hace que si no es ejercida esa facultad por el trabajador su contrato pasa a regirse por las normas del RD 1382/85 y no por las del contrato.

La cualidad *intuitu personae* que acompaña este tipo de relación y que justifica su especial configuración legal es conforme al Preámbulo del RD ya que la recíproca confianza que debe existir entre ambas partes, derivada de la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la empresa en cuanto a facultades y poderes.

En este sentido, es comprensible también que el alto directivo pueda proceder a extinguir su contrato, con indemnización, por variaciones en la titularidad societaria, porque el cambio empresarial puede afectar a la imagen social del trabajador o comportar cambios no deseables en su carrera profesional; como la especial relevancia de la confianza en esta relación especial justifica asimismo que la empresa sucesora desista de la relación laboral con el personal directivo, pero lo que no tiene sentido es que la novación subjetiva en la persona del empleador sea seguida -si el alto directivo no hace uso de su facultad extintiva con derecho a la indemnización pactada- por la novación objetiva de su contrato, perdiendo toda virtualidad la regulación convencional y pasando la relación a regirse por las exclusivas previsiones del RD 1382/85, entre ellas, la relativa a la indemnización por desistimiento o despido.²⁷³

273.- En este sentido, GÁRATE CASTRO, J.: "Régimen jurídico del personal de alta dirección (y II)" *Actualidad Laboral*, Nº 4, Sección Monografías de Jurisprudencia, Quincena del 16 al 29 Feb. 2008, pág. 496: Con carácter general, resulta inaplicable el art. 44 ET, esto es, la subrogación empresarial no conlleva para el personal de alta dirección la aplicación del mecanismo protector que diseña dicho precepto, de forma automática

2.10.- ¿Qué ocurre si no cabe aplicar el artículo 44ET?

Se han planteado en reiteradas ocasiones ante el TS situaciones que han permitido valorar cuando es de aplicación el artículo 44 ET y cuando no. Un breve resumen del impacto del artículo 44ET puede ser que este artículo supone la forma de transferencia obligatoria tanto para los empleados como para los empresarios basándose en el negocio jurídico que ha tenido lugar, para lo cual hay que analizar dicho negocio jurídico y ver si ese caso en particular quedaría afectado o no, por lo dispuesto en el artículo 44 ET. Si la respuesta es afirmativa, el traspaso tiene que operar obligatoriamente no hay opción de sopesar el cambio de titularidad. El traspaso es reclamable tanto por el empresario como por el trabajador, aunque la otra parte no esté de acuerdo.

Por el contrario, si el negocio jurídico que ha tenido lugar no se puede enmarcar en los supuestos del artículo 44 ET significa que ha habido una transmisión, que puede incluir hasta parte de la titularidad, pero que no cumple con el resto de requisitos que el artículo 44 ET y la jurisprudencia estiman necesarios para que el artículo 44 ET opere, esto significa que no hay transferencia de empleados de forma obligatoria en cuanto a la legislación laboral. De darse esta situación de no aplicabilidad del artículo 44 ET no cabe la transmisión de empleados per se, salvo las excepciones que hemos visto anteriormente de la sucesión de plantilla o si se trata de una contrata y dicha sucesión se recoge en el Convenio Colectivo aplicable. Sobre las contratas o subcontratas, se ha llegado en numerosas ocasiones al TS español y al TJUE por lo que se ha podido delimitar cuando aplica el artículo 44 ET y cuando no para ambos tribunales.

También se ha señalado que el hecho de que tal decisión de la empresa se apoye en el pliego del concurso aprobado por la Administración que sea es irrelevante, porque tal pliego podrá ser obligatorio para la empresa a la que se adjudica, creando para ella la obligación de admitir a los trabajadores que decidan pasar a ella como nueva concesionaria del servicio, pero no obliga a los trabajadores.

Así pues, conforme a la doctrina expuesta, sólo se produce la subrogación en los contratos de trabajo merced a la imposición por el pliego de condiciones, cuando haya habido verdadera "sucesión en la contrata"; entendida ésta como cambio de la titularidad del contratista, acompañada de la transmisión, por parte del antiguo al nuevo, de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización básica de la explotación.

En definitiva, parece claro que, en estas situaciones, cuando en la subcontrata no es de aplicación la doctrina de la sucesión de plantilla ni hay regulación en el convenio colectivo aplicable sobre la sucesión de los trabajadores, el artículo 44 ET no debe operar. En estos casos la sucesión empresarial se trataría igual que el resto de negocios jurídicos donde no se dan los requisitos para considerar que hay transmisión de una empresa o de una UPA. En estas situaciones donde no es de aplicación el artículo 44 ET, se puede, no obstante, dar la situación en que el cedente y cesionario entiendan que lo mejor es que haya empleados que pasen de una empresa a otra, pudiendo ser igualmente beneficioso para el trabajador. Este sería el caso, por ejemplo, cuando se vende una parte de la empresa, no aplica el artículo 44 ET por no ser una UPA pero el negocio jurídico llevado a cabo afecta al en el puesto de trabajo de la empresa original llegando este a desaparecer.

Ante esta casuística, el primer paso recomendado que ha de darse es que el empleador actual y el potencial empleador se pongan de acuerdo en que persona o personas deberían pasar de una empresa a otra, ya que si no hay acuerdo y al potencial empleador le gustaría contar con los servicios de esa persona o personas estaríamos ante de una oferta de trabajo al uso. Es decir, si la persona o personas lo aceptasen se podría tratar de una baja en una empresa y alta en la nueva. La complejidad de llevar a cabo una oferta de trabajo sin el beneplácito de la empresa de origen es que esta empresa puede influir en el empleado o empleados intentando retenerles o, incluso, introduciendo como cláusula del negocio jurídico por el que se transmitió parte de la empresa, una penalización económica si el receptor del negocio hace alguna oferta laboral a uno de sus empleados durante un tiempo determinado. En el caso en que las partes lo estimen pertinente y están de acuerdo que los trabajadores o parte de ellos deban pasar a la nueva empresa el paso

siguiente es que haya acuerdo con el empleado o empleados de forma individual. Esto se puede plasmar de distintas maneras:

- Por un lado, con una oferta de trabajo al empleado. En la práctica se suele mantener la antigüedad en un acuerdo entre partes e igualmente se suele mantener la misma retribución, aunque sea a título general, en esta posibilidad la nueva empresa puede equiparar los términos y condiciones y empezar la relación entre ambas prácticamente de cero. El trabajador tiene que aceptar la oferta por lo que siempre puede haber intentos de negociación.
- Por otro lado, mediante una novación contractual, si se llegará al acuerdo entre la nueva empresa y el trabajador de que se modifica el contrato de trabajo. En este caso el nuevo empresario se posiciona en la figura que anteriormente mantenía el empresario original. Igualmente se podría acordar el cambio de términos y condiciones, con fundamento en una modificación individual. La diferencia sería que la relación no empieza de cero, pues potencialmente conllevaría el mantenimiento de la antigüedad no solo a título de acuerdo entre partes, lo que podría tener tendría otro carácter de cara al tratamiento de impuestos en un potencial despido.

En definitiva, la novación de contrato por cambio de empleador no puede hacerse sin el consentimiento personal e individual de los trabajadores afectados. Además, este consentimiento no puede ser sustituido por un acuerdo colectivo sobre el método de la subrogación de personal. De hecho, el TS califica a los acuerdos con los representantes de los trabajadores como “acuerdos de método”²⁷⁴ más que de acuerdos de establecimiento de la sucesión.²⁷⁵

274.- STS 7971/2005, de 20 de diciembre de 2005.

275.- ARETA MARTINEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.: Sucesión de empresa. *Op. ult. Cit.*: Los trabajadores afectados por la subrogación contractual mantienen en la empresa cedente sus condiciones de trabajo, aunque no procede aplicar íntegramente el régimen de garantías del ET artículo 44. Los trabajadores subrogados no mantienen en la empresa cesionaria las mejoras voluntarias de la Seguridad Social previstas en el convenio colectivo de la empresa cedente que estaba vigente en el momento de la subrogación. En cualquier caso, habrá que estar a lo dispuesto en el acuerdo de subrogación contractual adoptado entre las empresas, cedente y cesionaria y los representantes de los trabajadores, y al que el trabajador ha prestado su consentimiento.

Otro aspecto a tener en cuenta es el del tratamiento fiscal de un potencial despido dado que no es un tema baladí, ya que en estos supuestos los trabajadores se enfrentan a una situación plagada de rumores, especulaciones y miedos que pueden alentar la incertidumbre, teniendo que decidir en un periodo de tiempo dado, si se quedan en la empresa de origen o si por el contrario pasan a la empresa nueva. En este sentido, el tema de una potencial indemnización y su tratamiento suele ver la luz en las reflexiones.

En cuanto al tratamiento fiscal de la novación puede haber dos lecturas:

Por una parte, puede entenderse que la novación es un pacto entre partes y no aplicaría la exención fiscal, Art 7.e) Ley 35/2006²⁷⁶, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas “Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

Por otra parte, puede entenderse que el contrato de trabajo por el que presta el servicio laboral sigue vivo y vigente, aunque cambie la titularidad del empleador. Los siguientes puntos pueden ayudar a apoyar esta lectura:

- El contrato sigue vigente, ya que todo lo que aplicaba al anterior empleador le aplica al nuevo, por qué hace diferenciación en el tema de la antigüedad.
- Se podría entender que el servicio continúa, que no es un servicio nuevo, cambiando al acreedor de los servicios del trabajador en base a un negocio jurídico entre cedente y cesionario.

276.-Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio

En cuanto a la potencial indemnización en caso no de novación sino de nueva oferta de trabajo, está claro que no aplicará la exención actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico, ya que el reconocimiento de la antigüedad es solo entre las partes y, por tanto, no genera tal derecho a la exención. Se podría intentar negociar que la cantidad sea neta, pero es difícil para las empresas llegar a un acuerdo en este punto ya que, por un lado, la potencial indemnización se dispara y, por otro, puede que la legislación relativa al tipo de fiscalidad de la indemnización por despido cambie en futuro como ya lo ha hecho recientemente limitando la parte exenta.

En la SAN 4087/2014²⁷⁷ se mantiene que hay que tener en cuenta que el empresario carece de apoyo legal, ya que, no siendo aplicable el artículo 44 ET, sería aplicable el Código Civil y éste nos dice que la novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor, siendo en este caso el trabajador, al tratarse de una relación sinalagmática, al mismo tiempo deudor de trabajo y acreedor de salario, por lo que se exige su consentimiento, aunque sea tácito. Por otro lado, producida la subrogación, el artículo 1212 del CC establece que la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, de manera que el crédito se transmite sin cambios (el contrato con todos sus derechos, por tanto), salvo que haya acuerdo en dichos cambios del trabajador subrogado.²⁷⁸

277.- SAN 4087/2014 de 30 de octubre de 2014

278.- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Tomo II, Civitas, Madrid, 1993. En este sentido, Díez-Picazo mantiene que en la doctrina civilista se debate el alcance de la modificación de la relación obligatoria en el sentido de precisar cuándo estamos ante una modificación en sentido estricto y cuándo la intensidad del cambio determina la desaparición de la primera relación y su sustitución por otra. En principio, se admite tanto la novación extintiva, como la modificativa, pero el deslinde entre una y otra no es fácil, aunque el art. 1204 CC se inclina por la primera. Lo mismo ocurre en el ámbito laboral a la vista del art. 44 ET. Pero un cambio de empresario no amparado en este artículo y que, sin embargo, produce una declaración de ruptura de la relación se aproxima bastante a la novación extintiva especialmente cuando el trabajador no acepta la continuidad de la relación con el nuevo empresario, pero no sólo en este caso.

Por último ha de tratarse la situación en que no se puede aplicar el artículo 44 ET a propósito de la actividad de atención de viajeros y de carga-descarga de aviones en aeropuertos (handling), ya que la jurisprudencia sostuvo que no se cumplía el supuesto de hecho del artículo 44.1 ET y que no podría imponerse el traspaso de los trabajadores a la empresa cesionaria, aunque sí podía decidirse la subrogación entre empresarios mediante acuerdo con el trabajador, como una especie de novación contractual por cambio de empresario, en la que se requería consentimiento de cada trabajador afectado, expreso o tácito, no sustituible por acuerdo colectivo.²⁷⁹

Aceptada por el trabajador, la subrogación abarcaría los derechos y obligaciones realmente existentes, no meras expectativas ni tampoco derechos condicionados a un determinado régimen laboral de la empresa de origen que en la nueva no se dan. La subrogación sin aceptación del trabajador se considera acto anulable, no nulo, por lo que habría que ejercitar acción en ese sentido dentro del plazo del artículo 59.1 ET. Si el pliego de condiciones impone al nuevo adjudicatario la subrogación en derechos y obligaciones del anterior, los efectos pueden asimilarse a los del artículo 44.1 ET, aunque éste no sea de aplicación.

Otra realidad con la que nos podemos encontrar en la práctica es que estemos ante un negocio en concreto que de ser llevado a un tribunal este no sería calificado como susceptible del artículo 44 ET, pero no obstante como a todas partes les puede interesar que se aplique dicho artículo 44 ET las partes actúan como si fuese susceptible del art 44 ET, aunque no cumpla con los requisitos y si no se impugna opere por una inactividad o por una relación pacífica, como se ha mantenido, esto no sería un supuesto del artículo 44 ET, aunque en el caso particular se funcione como si lo fuera.

279.- MARTÍN VALVERDE, A y otros.: "Derecho del trabajo..." *op. últ. cit*

3.- DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL. VALORACIÓN

Como se ha señalado (Vid supra introducción) el objeto principal de la regulación sobre la sucesión empresarial es la protección y la garantía en el mantenimiento de los derechos de los trabajadores cuando se produce una sucesión empresarial. Pueden apreciarse, sin embargo, ciertas diferencias de tratamiento de este fenómeno entre los ámbitos nacional y comunitario. Así, en el ámbito nacional se presta una mayor atención al tipo de negocio jurídico que da lugar a la sucesión empresarial a efectos de determinar si un concreto supuesto de transmisión empresarial encaja o no en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET.

La siguiente tabla intenta recoger desde una perspectiva más visual el impacto normativo de las distintas situaciones con las que nos podemos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico, diferenciando el tipo de negocio jurídico, si dicho negocio conlleva el traspaso de título o no, así como el impacto jurídico que arrastra:²⁸⁰

	UPA pura (con título)	Sucesión de plantillas (sin título)	Subrogación Convenio Colectivo (sin título)	Pliego, concurso, concesión, acuerdo entre partes, etc.
Novación con acuerdo del empleado		<ul style="list-style-type: none"> - Plantilla en sector material - Sector inmaterial y número irrelevante y no esencial de transferidos 	<ul style="list-style-type: none"> - Convenio en sector material - Sector inmaterial pero el convenio no establece subrogación - Empleados que no cumplan con requisitos - Empresa no da la información imprescindible 	<ul style="list-style-type: none"> - Con título pero no transferencia material suficiente - Co título pero no transferencia plantilla suficiente - Sin título y sector inmaterial pero en el convenio, concurso, etc., no hay obligación de transferir a los empleados
Art 44 ET - Ope Legis	<ul style="list-style-type: none"> - Plantilla al 100% - Material al 100% - UPA reconocida 	<ul style="list-style-type: none"> - Plantilla en sector inmaterial - Número relevante o parte esencial 	Art 44 limitado <ul style="list-style-type: none"> - Convenio en sector inmaterial - Empleados que cumplan con requisitos - Empresa da la info (documentación imprescindible) 	<ul style="list-style-type: none"> - Si hay material y/o plantilla suficiente puede ser UPA: Art 44 - Si se da el material puede conllevar que sea declarado UPA y forzar el paso de plantilla y Art 44 ET (evitar fraude) - Si se da sólo plantilla hay que ver si actividad inmaterial (sucesión de plantilla y Art 44 ET) y cuantificación – cualificación de los subrogados

280.- Dulanto, R.: febrero 2017.

En el ámbito comunitario se aprecia, sin embargo, que se hace un mayor hincapié en el hecho de que una determinada entidad económica, unidad de referencia básica a efectos de sucesión empresarial, permita o no la continuidad de la actividad empresarial que se venía realizando con anterioridad a dicha sucesión empresarial. Es decir, el ordenamiento jurídico comunitario, no se basa en el título, se basa en la entidad económica.

La única diferenciación que se hace es si dicha entidad económica continua o no, revisándose para ello los criterios reflejados en el presente trabajo y analizando si puede haber sucesión de plantilla, sin distinción del origen (es irrelevante si es por voluntad del cesionario, obligado por un convenio, por un acuerdo, pliego, concurso, etc.), si puede haber sucesión de activos o de bienes donde, de la misma forma, es irrelevante el motivo por el que el cesionario se hace cargo de dichos activos, porque la principal los pone a disposición, porque hay una reversión y la principal los recupera o cualquier otro posible motivo.

La siguiente tabla intenta recoger el impacto normativo de las distintas situaciones con las que nos podemos encontrar en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea²⁸¹:

Empresa, parte de empresa, centro de actividad, pliego, concurso, concesión, subrogación por convenio, acuerdo entre partes, contrata, reversión, etc., con o sin transferencia de título	
No es de aplicación la Directiva	<p>- No hay continuidad de la entidad económica (en base al sector y el negocio en sí, incluyendo clientela, métodos de explotación o producción):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sector inmaterial: No se hace cargo de los empleados necesarios para continuar con la entidad • Sector material: No se hace cargo de suficientes activos o bienes como para continuar con la entidad
Directiva 2001/23 - Ope Legis	<p>- Hay continuidad de la entidad económica e identidad:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sector inmaterial: Se hace cargo de los empleados necesarios para continuar con la entidad • Sector material: Se hace cargo de suficientes activos o bienes como para continuar con la entidad, aunque no haya transferencia de título, sea una puesta a disposición o se recupere el goce a través de una reversión.

281.- Dulanto, R.: febrero 2017

Con el objeto de profundizar en estas diferencias de tratamiento nacional y comunitario se analizarán los siguientes aspectos: el aspecto subjetivo de la configuración jurídica de la sucesión empresarial situaciones jurídicas (apartado 3.1); aspecto objetivo de la configuración jurídica de la sucesión empresarial situaciones jurídicas (apartado 3.2); entidad económica (apartado 3.3); doctrina de la sucesión de plantilla (apartado 3.4); subrogación obligada por convenio colectivo (apartado 3.5); sucesión de activos o de bienes (apartado 3.6), pliegos, concursos, acuerdos privados y reversiones (apartado 3.7).

3.1.- Aspecto subjetivo de la configuración jurídica de la sucesión de empresa

Para el ordenamiento jurídico nacional hay dos aspectos relevantes a efectos de determinar si se ha producido o no una sucesión empresarial: un elemento subjetivo, es decir, de haya un cambio de título, de propiedad y un elemento objetivo, esto es, que haya una transferencia de una entidad.

En cuanto al elemento subjetivo, la primera versión del artículo 44 ET se hacía referencia únicamente a actos “inter vivos”, concepto que desapareció con la revisión del precepto. Así en la redacción actual del artículo 44 ET el negocio jurídico puede ser inter vivos o mortis causa, oneroso o gratuito, donaciones, compraventas, externalizaciones, traspasos, reversión, fusión o absorción de empresas, o incluso arrendamientos. Lo que realmente marca la diferencia no es el nombre del negocio jurídico sino el contenido del mismo, que debe consistir en transferir la titularidad de la explotación. Es más, el ordenamiento jurídico nacional lo concibe tan ligado al objeto que entiende que no hay sucesión empresarial si no está presente el elemento subjetivo, la transferencia del título.

La postura del TS y de la doctrina nacional es que para que sea de aplicación el artículo 44 ET se requiere un elemento subjetivo (cambio de titularidad de la empresa) un elemento objetivo (entrega efectiva del conjunto que permite la continuidad en la actividad empresarial) y un elemento temporal (sin solución de continuidad)

La jurisprudencia comunitaria, por su parte, requiere el elemento objetivo y temporal que recoge el ordenamiento jurídico nacional pero no requiere el

elemento subjetivo, no hace falta que haya un cambio de propietario, que haya un título, de esta forma es mayoritariamente aceptado por la doctrina comunitaria que prácticamente todos los supuestos estarían cubiertos por la Directiva, contracting out, privatización, traspasos de empresas al estado, sucesión en contratas si se dan los requisitos, así como otras transferencias más usuales sujetas a contratos.²⁸²

Es decir, para el ordenamiento jurídico comunitario el elemento subjetivo no es necesario. De hecho, como se ha analizado (Vid supra cap. III apartado 1.1), este aspecto se estuvo discutiendo durante años y fue una de las modificaciones que se introdujeron en la Directiva 98/50. El exigir en la sucesión un título o no exigirlo significa el proporcionar o no las garantías de la sucesión empresarial a las externalizaciones de actividad sin título y a la sucesión de contratas. De esta forma nuestro ordenamiento jurídico no recoge bajo el artículo 44 ET a este tipo de negocios, ya que no hay título y por tanto no puede haber sucesión empresarial, aunque haya tracto sucesivo en el objeto. Mientras que en el ordenamiento jurídico comunitario estos negocios sí que se encuentran bajo la protección de la Directiva.

Las diferencias en cuanto al aspecto subjetivo de la configuración jurídica de la sucesión empresarial, entre el ordenamiento jurídico comunitario y el nacional se pueden apreciar en las siguientes situaciones:

- Un empresario decide abrir un restaurante de comida japonesa, por la afinidad que tiene con aquel país, junto con alguna experiencia en restauración y, además, por el motivo que sea, cuenta con la liquidez para adquirir un local. Se trata de un bonito y céntrico antiguo almacén de altos techos que permiten establecer la salida de humos y otros requisitos necesarios para convertir parte dicho almacén en la cocina. Este empresario, se lanza a esta aventura culinaria en este momento porque conoce que el mejor restaurante de comida japonesa de la ciudad cierra y ello le va a permitir contratar al jefe de cocina y al jefe de sala, partiendo ya desde la apertura del local con cierto prestigio entre los aficionados a este tipo de comida. (primer escenario)

282.- BARNARD, C: "EU Employment Law..." *op. ult. Cit.*

- Todo sería distinto si, en vez de adquirir el céntrico almacén, decide comprar el local donde estaba situado el mencionado mejor restaurante de comida japonesa de la ciudad, que cierra, aprovechando de esta forma la cocina y la maquinaria, evitándose tener que llevar a cabo las obras de preparación del local. A su vez además de adquirir el local, el empresario se queda con los utensilios de cocina, que están en buen estado. El local se encuentra en una zona de oficinas, lo que permitiría mantener la clientela habitual del empresario anterior. Así mismo, el jefe de cocina, ha ayudado al empresario a mantener un acuerdo con la embajada de Japón que se encuentra en el mismo edificio en el que esta sito el restaurante, por el cual no solo se asegura que va a ser el restaurante preferido de los empleados de la embajada por cerrar un precio especial para ellos, sino que por el nombre del jefe de cocina, la embajada nipona ha tenido a bien seguir confiando en el mismo para que se encargue del servicio de catering para los eventos de la embajada así como de las cenas oficiales y celebraciones que vayan a realizar. (segundo escenario)
- Por último, podría darse el caso que al hablar el empresario con la embajada japonesa, resulta que el restaurante es de propiedad de la misma, y que el restaurante actual cierra por desavenencias entre la embajada y el empresario que actualmente está al cargo del mismo, por lo que nuestro empresario acuerda con la embajada hacerse cargo él de dicho restaurante en las condiciones del escenario anterior pero esta vez sin adquirir el mismo, ya que sigue siendo de la embajada quien le pone a disposición todos los medios, asegurándose de esta forma que puede contar con el arte culinario de tal renombrado jefe de cocina. (tercer escenario)

En el primer escenario, el empresario se embarca en una aventura empresarial que en la que a pesar de hacerse con los servicios de dos personas claves para poder contar con cierto respaldo en esta nueva empresa, no se trataría de una situación enmarcable en el artículo 44 ET ni en la Directiva. El empresario no se subrogaría de ninguna manera en la posición del antiguo, por tanto, no asumiría las obligaciones del antiguo empleador ni con los trabajadores que ha contratado (feje de cocina y de sala) ni, por supuesto, con respecto a los otros trabajadores del otro restaurante.

El segundo escenario parece encaminado a contar con suficientes elementos para que se pueda considerar que hay indicios de un traspaso de empresa o UPA tanto en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 ET como en la Directiva, teniendo que hacerse cargo no solo del jefe de cocina y del de sala, sino igualmente del sumiller, los cocineros, camareros y resto de personal que estaban desempeñando su actividad laboral para el cedente.

En el tercer y último escenario, no habría en nuestro ordenamiento, propiamente una sucesión empresarial, según la interpretación actual del artículo 44 ET, ya que la jurisprudencia española entiende que dicho precepto no es aplicable a las contratas, dado que “nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios” (STS 3581/2014) y además no aplicaría la doctrina de la sucesión de plantilla, ya que la restauración no es un sector inmaterial (Asunto Sodexho), y aunque lo fuera solo ha ofertado trabajo a dos de los muchos empleados que tenía el anterior empleador. No obstante, este tercer escenario sí que es enmarcable en la Directiva, según la jurisprudencia del TJUE y la doctrina de la sucesión de activos o de bienes, dado que la Directiva pretende salvaguardar los derechos de dichos empleados al entender que la entidad económica continua, aunque sea por medio de una contrata. (Sodexho y Adif).²⁸³

283.- La Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados. Presentada el 9 de septiembre de 2016 por el Grupo Parlamentario Socialista, se hace eco de la externalización de servicios en nuestro país es una práctica cada vez más extendida en distintos sectores, sin que la normativa laboral se haya ajustado de manera óptima a su progresiva implantación, circunstancia que hace necesaria su revisión. Mantiene que ejemplos de la necesidad de regular el proceso de subcontratación de servicios comprendidos dentro de la propia actividad lo representan el sector de hostelería y el sector de la logística, sectores económicos que han iniciado antes el proceso de recuperación económica y en los que el proceso de externalización se está extendiendo. La externalización de servicios básicos que están realizando algunas empresas está produciendo una caída importante de sus costes salariales en términos anuales, frente a las empresas que no están realizando esta externalización, situándose en una desventaja competitiva.

Como se verá (Vid infra capítulo tercero, III, apartado 3.5), este tercer escenario en España además tendría otra vuelta de tuerca ya que en los Convenios Colectivos del Sector de la hostelería y restauración se ha recogido la subcontratación, al igual que en el acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería²⁸⁴. Con este tipo de acuerdos se intenta forzar (ya que en España no se reconoce la sucesión de activos y de bienes), la sucesión obligada por convenio colectivo.

En todo caso, el negocio jurídico que se lleva a cabo, es esencial para determinar si hay una sucesión de entidad económica o no. Lo mismo puede decirse de la transmisión empresarial regulada en el artículo 44 ET. Así, se requiere revisar caso a caso, a la vista de los indicios, si se puede o no determinar la continuidad de la entidad económica. Labor esta que ha de llevarse a cabo por los tribunales nacionales. Por tanto, como se ha señalado, la situación jurídica es clave para revisar la aplicación o no del artículo 44 ET y la situación jurídica se puede entender mejor revisando el objeto o la unidad de referencia de la transferencia.

3.2.- Aspecto objetivo de la configuración jurídica de la sucesión de empresa

Como se ha señalado (Vid supra, cap. III, apartado 1.2), la jurisprudencia comunitaria, según buena parte de la doctrina nacional e internacional, experimentó cambios de criterios pendulares. En un primer momento se aceptaba la aplicación de la Directiva en situaciones donde había una transmisión de bienes (pre Schmidt), la doctrina mantiene que posteriormente la jurisprudencia cambio de criterio y ya no hacía falta la transmisión de bienes (Schmidt), y que posteriormente se vuelve a la doctrina judicial donde se dice que hace falta transmisión de bienes (Süzen), pero admitiendo también que cabe la doctrina de la sucesión de plantilla en sectores donde la mano de obra es el “reducto” de la entidad económica (Temco). Estos supuestos cambios han tenido un impacto directo en la jurisprudencia española.

284.- V acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería 2015-2019. Publicado en el BOE el 21 de mayo de 2015, núm. 121 páginas 43267 a 43331

Todas estas resoluciones marcaron el devenir de la actual Directiva, y aunque hay aspectos en los que la doctrina aprecia contradicciones se trata de sentencias que no se anulan; de hecho, estas siguen citándose en sentencias tanto por el TJUE como por el TS español. No obstante, a nuestro entender, no hubo tal movimiento pendular en la jurisprudencia del TJUE, sino una progresión o matización de la entidad económica (Vid infra cap. III apartado 3.3).

En nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 44.1 ET se establecen tres elementos susceptibles de un cambio enmarcable en este precepto; la empresa, el centro de trabajo y la unidad productiva autónoma. Como se ha señalado, las situaciones comprendidas en estos conceptos darían lugar a la aplicación del artículo 44 ET, pues no se extinguiría la relación laboral.

Como se ha señalado (Vid supra cap. III, apartado 2.3) los conceptos de empresa y de centro de trabajo están más acotados de lo que puede ser la definición de la Unidad Productiva Autónoma. Eso sí, en la delimitación de estos conceptos se excluye la mera compra de acciones; ello si dicha compra mantiene la independencia societaria de la empresa, porque la empresa sigue existiendo tal cual exista previamente no habría sucesión de empresa. Si hubiera habido, por ejemplo, una absorción sí que entraría en juego el artículo 44ET. Se puede debatir que un cambio en el número de acciones puede conllevar un cambio en la estructura empresarial y/o puede implicar medidas laborales, pero no más que si cambia el director general de la empresa, presidente, CEO (Chief Executive Officer) o máximo responsable de la misma.

La concepción tradicional de los conceptos de empresa y de centro de trabajo casan cada vez peor con las realidades que se viven en la actualidad. Así, por ejemplo, hoy en día un centro de trabajo se puede crear para un único trabajador, a veces hasta en su propio domicilio, y una UPA puede ser una línea de negocio de múltiples centros de trabajos, por lo que se resalta la importancia de la jurisprudencia existente sobre el artículo 44ET y sobre estos conceptos y sus límites. Por su parte el concepto de Unidad Productiva Autónoma es el que engloba todas las posibles

situaciones de transmisión en ámbito inferior a la empresa, donde se ha centrado la jurisprudencia. Ya se dijo que el concepto UPA ha sido objeto de muchas resoluciones judiciales y modificaciones en aspectos de criterio a lo largo de los años.

En cuanto a la interpretación del concepto de Unidad Productiva Autónoma, la jurisprudencia ha perfilado los siguientes aspectos de la misma: Primero, que podemos decir que se da una UPA cuando el negocio jurídico que ha tenido lugar ha significado que el cedente transmite al cesionario una parte de su actividad económica, sea esencial o accesorio. Segundo, que dicha actividad transmitida conlleva los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Y en tercer lugar, que los bienes han de ser capaces de dar continuidad a la pertinente actividad productiva, que sea posible la continuidad en el negocio, que se transmitan bienes susceptibles de explotación económica independiente, con capacidad para ofrecer bienes o servicios al mercado.

La interpretación de si se dan estos requisitos para ser una UPA o no, han de analizarse caso a caso; de hecho, el TJUE en sus sentencias no suele entrar en la valoración de si se da una entidad económica o no, pues considera que esta valoración tiene que recaer en los Tribunales nacionales, ya que la Directiva es el marco mínimo que se tiene que transponer en las distintas legislaciones nacionales y son los órganos nacionales los que tienen que valorar cada caso en virtud de lo dispuesto en la normativa.

En España, no existe *numerus clausus* de bienes que se han de transferirse de una empresa a otra para delimitar si se trata de una UPA, o no. Ello, en principio puede crear cierta inseguridad jurídica, pues, las partes afectadas podrían preguntarse si lo que se ha transferido, en un caso concreto, constituye o no una UPA. Lo que ha de entenderse por UPA es un concepto flexible, pues puede ir ajustándose según cambia el mercado y la casuística; por supuesto siempre que se mantengan los criterios establecidos por la jurisprudencia. Tampoco hay *numeros clausus* en la

jurisprudencia comunitaria, aunque sí que establecen unos criterios para entender como buscar los indicios (Süzen)

Uno de los aspectos que ha suscitado numerosas sentencias del TS es la línea que separa la UPA de la novación contractual en la sucesión de contratas y las concesiones administrativas. El TS ya ha zanjado las dudas al respecto estableciendo que ni la contrata ni la concesión administrativa son UPAs a los efectos del artículo 44 ET. Ello salvo transmisión al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, es decir salvo que cumplan con los requisitos descritos anteriormente relativos a la existencia de una UPA. Así, cuando los acuerdos entre el empleador actual y el potencial empleador no cumplen con la transmisión de una UPA, no es aplicable el artículo 44 ET de forma “automática”. Ello porque ya no se cumplen los requisitos relativos a la existencia de una UPA. No obstante, hay alguna excepción a esta pauta.

En este punto ha de considerarse lo dispuesto en el artículo 44.2 ET, que considera que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

En resumen, la piedra angular para que sea de aplicación el artículo 44 ET es que sea viable la continuidad de la explotación de la actividad y, para que haya sucesión de empresa según el Estatuto de los Trabajadores, tras las revisiones de la legislación y la jurisprudencia a lo largo de los años, ha de entenderse que lo más relevante es:

- 1.- Que el cesionario suceda al cedente en parte de su actividad económica, sea esencial o accesorio. Como se ha podido observar, existía cierto debate pues parte de la doctrina solía mantener que la transmisión del departamento de limpieza no era sucesión de empresa ya que era una actividad accesorio del cedente. (Vid supra cap. III, apartado 2).

Tanto en la vigente Directiva, como en la versión actual del artículo 44ET se recoge literalmente que puede tratarse de actividad esencial o accesorio.²⁸⁵

2.- La actividad transmitida conlleva los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura empresarial básica de la explotación, el TS ha recalado que lo importante es la necesidad de los medios, no el coste o el número. Es decir, hay que analizar el aspecto cualitativo de los mismos para la producción en sí.²⁸⁶

3.- La continuidad del negocio debe ser viable, con bienes susceptibles de explotación económica independiente y con capacidad para ofrecer bienes o servicios al mercado. Encontramos dos aspectos a reseñar en los que se puede llegar a ser capaz de ofrecer bienes o servicios en el mercado:

A.- Administración: Actualmente, casi todo es susceptible de venderse o facturar como servicio en el mercado, no obstante, se podría entender que ciertas tareas que realiza la Administración no pueden disponerse de ellas.²⁸⁷

285.- En nuestro ordenamiento jurídico sigue siendo relevante la diferenciación entre actividad esencial o accesorio en algunas situaciones como en el de la reversión, ya que como se ha recogido no se puede imponer a la empresa principal la subrogación en una actividad que no le es propia, porque la mera terminación de la cesión de uso de locales e instalaciones no comporta sin más una reversión aplicable a los supuestos de contrata de obras y servicios. Esto como se ha analizado no funciona así en el ordenamiento jurídico comunitario (Asunto Adif).

286.- STS 474/2015 de 27 de enero de 2015

287. Como sabemos hay parte de la gestión de hospitales que ya es privada, quién sabe si en un futuro toda la asistencia sanitaria o incluso la seguridad ciudadana no será susceptible del artículo 44 ET, además la actividad económica no tiene por qué ser un servicio oneroso en sentido pecuniario ya que las ONGs y entidades sin ánimo de lucro también son susceptibles de transmisiones encuadradas en el artículo 44 ET.

B.-Explotación viable, actual o futura: En cuanto al ser susceptible de explotación económica independiente hay que remarcar el concepto de susceptible, ya que en la fecha de la transmisión lo importante no es que actualmente la empresa cedente esté o no explotando económicamente el servicio o el producto, sino que se pueda llegar a hacer. Esto es importante, por ejemplo, en los casos de segregaciones para por ejemplo dedicarse a nuevas actividades o nuevos clientes, donde hemos visto que cuando se oponen a ella se alega que hasta ahora ese mercado no ha funcionado o que los clientes lo son de la empresa matriz, no obstante, la sucesión puede ser real y aplicarse el artículo 44 ET.²⁸⁸

288.- En el asunto Amatori (Asunto Lorenzo Amatori y otros, C 458/12, Sentencia de TJUE de 6 de marzo de 2014) el Tribunal mantuvo que el hecho de que en el artículo 6, apartado 1, párrafos primero y cuarto de la Directiva, conste el término «conservar» implica que la autonomía de la unidad cedida debe, en todo caso, preexistir a la transmisión. Ello no obstante ha de entenderse que además de que la Directiva en el Art 6 está recogiendo cómo se debe tratar la representación empresarial y lo que es una autonomía o no de cara a dicha representación (es decir si se absorbe toda la empresa está claro que todos los representantes son transferidos, pero se puede dar el caso de que haya un cedente con representación de trabajadores, decida externalizar una parte de la empresa donde justo no hay ningún representante). El concepto de autonomía preexistente como concepto de grupo aislado no puede ser una exigencia. Sí que se puede exigir que la actividad económica exista, pero no que sea autónoma en el sentido de independencia.

Por poner un ejemplo: un medio de comunicación donde cada área tiene personal encargado del archivo, una persona en fotografía, otra en audiovisuales, hemeroteca de artículos publicados, etc. La actividad debe ser igual de susceptible de ser externalizada si esta disgregada que si existe un departamento de archivos con un jefe a quien reportan todos los trabajadores con la labor encomendada de manejar cualquier tipo de archivo.

Entendemos que es más fácil ver la actividad si existe el departamento y, de hecho, es lo que las empresas suelen hacer antes de llevar a cabo la externalización, (agrupar a todos los empleados que llevan las labores concretas bajo un único mando para evitar potenciales problemas). No obstante, aunque no exista tal departamento se debe entender que la sucesión existe igual, de hecho, la misma sentencia Amatori⁴³¹ también recoge que la mera falta de autonomía funcional de la unidad transmitida no puede, de por sí, impedir que un Estado miembro garantice en su Derecho interno el mantenimiento de los derechos de los trabajadores posteriormente al cambio de empresario.

3.3.- La entidad económica

Este concepto, introducido por la Ley 12/2001, y previsto en la Directiva 98/50/CE ha de considerarse como un supuesto de hecho adicional a los tres supuestos de empresa, centro y UPA, dando pie a que se pueda aplicar dicho precepto legal a las contratas. La interpretación que hasta ahora se está dando en España al artículo 44.2 ET es que la entidad económica se establece como complemento a la empresa, centro de trabajo o UPA. Complemento o aclaración que está bien que se haga pero que dicha entidad está dentro de estos conceptos en sí porque, sino, no serían empresa, centro de trabajo o UPA, como se revisaba anteriormente sería una UP, (Vid supra cap. II, apartado 2.4), pero, no obstante, la sucesión de la entidad económica se podría dar sin que haya empresa, centro de trabajo o UPA si, en paralelo, se continua con la entidad económica, tal como establece la jurisprudencia comunitaria y que cabría en la redacción del artículo 44.2 ET ya que se basa en la de la Directiva. Así, por un lado es cierto que el concepto de entidad económica aclara lo que se espera con los tres tipos recogidos por el artículo 44.1 ET, pero por el otro, cuando se revisa cómo se crea el concepto a nivel europeo, se observa cómo se desarrolla y se analizan las sentencias de los distintos asuntos referenciados en el presente estudio, se puede afirmar, como manteníamos, que “la entidad económica” es otro concepto que puede tener cabida como una sucesión empresarial distinto a la empresa, centro de trabajo o UPA.

Tal vez, en la redacción de la Directiva 2001/23 este concepto independiente se puede apreciar mejor que en el en el literal incluido en el ET, ya que, aunque la transposición de este artículo ha consistido en reflejar el mismo texto que el de la Directiva, no se han transcrito las primeras palabras del artículo 1.1 b).²⁸⁹

289.- Artículo 1.1.b) Directiva: Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspaso a efectos de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio. Mientras el artículo 44.2 ET: A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

Lo dispuesto en el artículo 1.1 b) no se incluía en la Directiva 77/187, se incorporó a la misma con la modificación de la Directiva 98/50 y se ha mantenido en la Directiva 2001/23. El hecho de que se introdujera este concepto en 1998 se debe a los cambios operados por la jurisprudencia del TJUE sobre este tema. En este sentido ha de considerarse que la evolución de la Jurisprudencia comunitaria no ha sido pendular, como mantiene la doctrina. Así la doctrina ha señalado que se ha producido el siguiente caso: en primer lugar, se ha asimilado el concepto de entidad económica a un concepto material (Spijkers); posteriormente, a un concepto etéreo (Schmidt) desmarcándose del criterio de Spijkers, seguido de la sentencia Sūzen por la que se redirecciona el rumbo hacia el criterio de Spijkers, volviendo al concepto material como objeto de la transmisión. No obstante, a nuestro entender se trata de todo lo contrario, el criterio en torno al concepto de entidad económica, se ha mantenido estable, alejándose del concepto empresa, centro de actividad o partes de estas, ya que en todas ellos se mantiene que hay que buscar los indicios de la entidad económica, de forma distinta dependiendo del sector y del negocio jurídico o situación jurídica que se trate en cuestión.

En este sentido, puede apreciarse que, en el caso Spijkers lo que se revisa es si cabe la aplicación de la Directiva en un caso donde se explota un matadero. Benedik se hizo cargo de todos los trabajadores empleados por Colaris, con excepción del Sr. Spijkers y de otro empleado. La actividad ejercida por Benedik en el complejo de edificios es análoga a la ejercida anteriormente por Colaris y que la transmisión de los medios de producción permitió a Benedik continuar las actividades de Colaris, pero que Benedik no se hizo cargo de la clientela de Colaris. (Vid supra cap. III, apartado 1.2).

En el asunto Spijkers el TJUE mantiene que la Directiva sobre sucesión de empresas, pretende garantizar la continuidad de las relaciones laborales que existen en una entidad económica independientemente de que cambie su propietario. De ello se deduce que el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva es saber si la entidad en cuestión conserva su identidad. Por consiguiente, no puede decirse que existe una transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de un centro de actividad por el único hecho

de que su activo sea enajenado. Antes bien, es necesario evaluar si se trata de una entidad económica todavía existente que ha sido enajenada, lo que se deduce sobre todo del hecho de que el nuevo empresario continúe efectivamente su explotación o se haga cargo de ella, con las mismas actividades económicas u otras análogas.

Por lo que vemos en el asunto Spijkers el TJUE liga la empresa o centro de actividad a que siga la explotación económica de la misma con los bienes, pero nada se dice del supuesto en contrario, es decir, si puede haber una continuación de la actividad económica sin la transferencia de la empresa o centro. Esto es relevante porque la actividad en la que desarrollaba su profesión el Sr. Spijkers era un matadero por lo que no cabría encuadrarle en actividades inmateriales. Así, de haber sido un sector inmaterial el hecho de que el nuevo propietario contase con todos los trabajadores del anterior menos Spijkers y otro (a pesar de no saber cuántos hacen el total) sería crítico para la resolución del caso. En este asunto, la sentencia viene más o menos a decir que la Directiva se aplicaría si se sigue con la entidad económica pero que determinar si la entidad económica continua o no, es labor de los órganos judiciales nacionales.

Por su parte, en el caso Schimdt, el TJUE sí que se tiene que enfrentar a una situación dada en un sector inmaterial, donde además el negocio jurídico es una contrata. Así el punto 12 de esta sentencia se mantiene que la Directiva es aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa y que, por ello, contrae las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de la empresa. De este modo, cuando un empresario encomienda a otro, mediante contrato, la responsabilidad de explotar un servicio de su empresa, como el relativo a efectuar trabajos de limpieza, y asume las obligaciones de este empresario frente a sus trabajadores, la operación puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva. El hecho de que, en tal caso, la actividad traspasada sólo constituya para la empresa cedente una actividad accesoria, sin relación necesaria con su objeto social, no puede producir el efecto de excluir dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva.

Así, en el apartado 17 de la sentencia Schimdt se recuerda que, según jurisprudencia del TJUE, el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión de una empresa o de una parte de una empresa en el sentido de la Directiva es el del mantenimiento de la identidad de la entidad económica. Según esta misma jurisprudencia, el mantenimiento de esta identidad es consecuencia de que el nuevo empresario continúe efectivamente o retome las mismas actividades económicas o actividades análogas. Así, por lo aportado en el caso, todos los elementos relevantes, conllevan a la similitud de las actividades de limpieza efectuadas antes y después de la transmisión, que además dio lugar a la oferta de empleo realizada a la trabajadora afectada, constituye un elemento característico de una operación que está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y que otorga al trabajador por cuenta ajena, cuya actividad ha sido traspasada, la protección que le ofrece esta Directiva. Es decir, que según la sentencia del caso Schmidt, la actividad económica continua a pesar de no haber habido ningún contrato de transferencia. En este sentido, se trata de una empresa que decide pasar la limpieza de un local a una contrata, siendo el punto más relevante de la situación el hecho de que el nuevo empleador hubiera ofertado trabajo a la Sra. Schmidt, que constituye el 100 por cien del personal trabajando en los servicios de limpieza de ese local, de no haberse ofertado el trabajo, posiblemente la sentencia hubiese tomado otros derroteros.

En el asunto Süzen, por otro lado, se establece en términos generales que lo que busca la Directiva es la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia de un cambio de propietario, que la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario o, entre los dos empresarios a los que se han encomendado sucesivamente los trabajos de limpieza, no puede revestir una importancia decisiva a efectos de determinar si es de aplicación o no, lo dispuesto en la Directiva. Ello, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva.

Por lo tanto, para que la Directiva se aplique, no es necesario que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario, pudiendo también producirse la cesión en dos etapas a través de un tercero, como el propietario o el

arrendador. Además, señala esta sentencia que la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de la que se ocupa. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone. De esta forma, la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por sí sola, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva. En esta situación, aunque pierda un cliente, la empresa de servicios que era anteriormente titular de la contrata no deja de existir íntegramente, sin que pueda considerarse que uno de sus centros de actividad, o una parte de sus centros de actividad, se ha cedido al nuevo adjudicatario de la contrata.

Debe señalarse también que, aunque la transmisión de elementos del activo figura entre los criterios que han de tomarse en consideración para determinar si se ha producido realmente una transmisión de empresa, la falta de tales elementos no excluye necesariamente la existencia de dicha transmisión. De hecho, se debe tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. De ello resulta que la importancia que debe atribuirse a los distintos criterios sobre la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva varía necesariamente en función de la actividad ejercida o, incluso, en función de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de actividad de que se trate. En este sentido, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de su identidad, independientemente de la operación de que es objeto, no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos.

Así puede apreciarse que en sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica. En este sentido ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun

después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limite a continuar con la actividad de que se trata, sino cuando además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal destinado por el antiguo empleador a la misma actividad. El nuevo empresario adquiere en efecto un conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable. Se aprecia en este punto la diferencia existente entre los sectores materiales e inmateriales. Así, en una contrata, donde no se transfiere nada, no es de por sí un supuesto de hecho donde la Directiva sería aplicable. Ello, salvo en dos supuestos: uno relativo a los sectores materiales si es que el nuevo proveedor se hace cargo de los bienes para continuar con la explotación económica y, el otro, relativo a los sectores inmateriales, donde la mano de obra es el único activo, si el nuevo proveedor se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a las mismas tareas. En estos dos supuestos sí que se aplicaría la Directiva. Ello porque el negocio jurídico por el que se transfiere la entidad económica es irrelevante para el TJUE, pudiendo no haber relación entre las partes o incluso si esta relación es múltiple.

No obstante, en *Süzen*, y esto es clave, no se oferta trabajo a los empleados despedidos por la empresa originaria.

Puede apreciarse, en definitiva, que las tres sentencias buscan la entidad económica del caso en cuestión revisando el sector en concreto y los supuestos de hecho, como comentábamos si se ha ofertado trabajo o no en el sector inmaterial es crítico. La sentencia en el asunto *Süzen* sigue la línea trazada por el asunto *Schmidt*, en el que sea revisaba una situación de un sector inmaterial, siguiendo con el criterio de *Spijkers* y aportando más luz a este tipo de casuística. La diferencia entre las tres es que *Spijkers* versa sobre un sector material, como es un matadero, *Schmidt* y *Süzen* sobre un sector inmaterial, donde en el asunto *Schmidt* se oferta trabajo al 100 por cien de la plantilla (sucesión de plantilla) mientras que en el asunto *Süzen* no se oferta trabajo a los empleados de la empresa saliente. Estas tres sentencias fueron básicas en la nueva redacción de la Directiva con la publicación de la modificación 98/50 donde se incluye el Art 1.1b), tengamos en cuenta la fecha de las Sentencias: a) *Spijkers*: 18 de marzo de 1986; b) *Schmidt*: de 14 de abril de 1994 y c) *Süzen*: 11

de marzo de 1997. Estas tres sentencias matizan el concepto de entidad económica, que además de apreciarse con respecto a la empresa, centro de trabajo o UPA, también puede darse de forma independiente como se ha mantenido con respecto a las contratas.

En este sentido se pronuncia algún autor que mantiene que no puede haber dudas sobre la aplicabilidad de la Directiva 2001/23 a los servicios de contratos²⁹⁰. El TJUE lo reconoce en su sentencia *Watson Rask*, cuya interpretación fue posteriormente confirmada por las sentencias *Schmidt y Süzen*. Los ejemplos de aplicabilidad de la Directiva al pasar de una contrata a otra se aprecian en los asuntos *Hidalgo*, *Hernandez Vidal*, *Allen*, *Oy Liikenne*, *Temco*, *Sodexho* y *Adif*. Hay dos elementos identificados en el asunto *Spijkers*: 1.- la continuidad de la entidad transferida y 2.- el requerimiento de considerar un número de factores específicos para poder determinar si hay una actividad económica transferida o no. En este sentido la lista de factores establecida por el TJUE en el asunto *Spijkers* ha soportado el paso del tiempo, tal y como apuntó el Abogado General Sharpston según su opinión manifestada en el asunto *UGT*.²⁹¹

Las Sentencias *Temco* y *Sodexho* son mencionadas en reiteradas ocasiones de forma conjunta, incluso por el TS, no obstante, los antecedentes de hecho no tienen nada que ver entre sí. Por una parte, el asunto *Temco* versa sobre contratas y subcontratas en el sector de la limpieza. En este supuesto, una compañía tenía contratado el servicio de limpieza a otra, y esta tenía subcontratado la limpieza a una tercera para que diese servicio a la primera. En un momento dado, la primera compañía decide cambiar de proveedor y los servicios de limpieza pasan a una cuarta compañía la cual se hace cargo de parte esencial de los trabajadores que hasta entonces estaban destinados en dicha entidad económica, la cuarta compañía se hace cargo de los trabajadores por mandato del Convenio Colectivo Belga aplicable.

290.- HOUSTON, E.: *Transfers of undertakings in Ireland: Employment rights*, Bloomsbury Publishing PLC, 2011.

291.- SHARPSTON: Conclusiones como Abogada General presentadas el 6 de mayo de 2010 en el asunto *UGT-FSP*. C-151/09, sentencia de 29 de julio 2010.

En este asunto el TJUE mantiene que la Directiva si es aplicable, pues las contrataciones en sectores inmateriales pueden ser objeto de transmisión bajo el amparo de la Directiva, y añade que el hecho de que la transmisión de empleados venga generada por imposición del Convenio Colectivo es irrelevante para la definición de la entidad económica. No así como en España que si la subrogación es por la obligación que establece el convenio colectivo, aunque se transmita la mayoría de los trabajadores, no aplica el artículo 44 ET.

Por otra parte, en el asunto Sodexho lo que se revisa es una contrata en el sector de la restauración, es decir, sector material; en concreto la explotación y servicios de alimentación del restaurante de un hospital, donde Sodexho es el nuevo proveedor y no se hace cargo de ningún empleado del proveedor anterior. El TJUE entiende que Sodexho está utilizando los medios que usaba el proveedor anterior, aunque no son de ninguno de los dos proveedores, porque se trata de las instalaciones, el agua, maquinaria, etc. que pone el hospital o la empresa gestora de este y, además, la clientela es la misma al ser clientela cautiva. En este asunto, resuelve el TJUE que no se puede excluir la existencia de empresa en el sentido de la Directiva. Es decir, aplica esta no por la sucesión de plantilla, sino porque hay una continuidad en la entidad económica, que es lo que le une a la sentencia Temco. En ambos asuntos hay una continuidad en la entidad económica: una, basándose en el personal transferido al ser un sector inmaterial y otra, por el uso de los bienes y clientela que también usaba el proveedor anterior en un sector material, sin haber transferido al personal, lo que puede denominarse sucesión de activos o bienes. Criterio reforzado por la sentencia del asunto Adif.

Como puede apreciarse, el concepto de entidad económica está delimitado en la jurisprudencia del TJUE ²⁹², y también se recoge en el ET, incluso tiene un apartado para él, el artículo 44.2. No obstante, se trata de un concepto que no se usa individualizado en nuestra jurisprudencia, es decir, cuando se trata de la

292.- DAVIES, A.C.L.: EU Labour Law, EE, UK, 2012: cafetería a la empresa de catering B y también aplica cuando el contrato con la empresa B termine y entre otra empresa de catering C, incluso si no habiendo relación entre B y C.

continuidad de la entidad económica, se dice que la UPA ha de ser económicamente independiente y viable.²⁹³ Como ya se ha dicho, el TS no apoya el concepto que prevé la Directiva con respecto a las contratas. En este sentido el TS en la sentencia STS 3581/2014 ha mantenido que:

- 1) La contrata no es una unidad productiva autónoma a los efectos del artículo 44 ET, pues el contratista adquiere el derecho a prestar el servicio o a ejecutar la obra, pero no adquiere ninguna empresa, ni ninguna actividad productiva autónoma en el sentido del artículo 44.1 ET. Ello, porque nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios.
- 2) No pueden confundirse los conceptos de contrata y de transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, pues se trata de contratos de naturaleza y contenido diferentes, dado que el primero no requiere la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios para configurar una estructura empresarial, organización empresarial que en principio tiene el contratista y el segundo sí.
- 3) La mera sucesión de contratistas no está contemplada en el artículo 44 ET cuando no existe transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada. Ello, no obstante, la subrogación empresarial que el citado precepto estatutario impone, si se produce cuando se transmite una organización empresarial en aquellos supuestos denominados "sucesión de plantilla". En estos supuestos la actividad descansa, esencialmente, en el factor humano, en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado, en la ejecución de la contrata. Así, si el nuevo contratista asume la mayor parte del personal del anterior, se entiende que existe sucesión de empresa en su modalidad de "sucesión

293.- En este sentido, MERCADER UGUINA, J.R.: "sucesión de contratas..." *op. últ. cit.*: No es preciso que entre el anterior y nuevo empresario se produzca la transmisión de la propiedad de la entidad económica y tampoco es exigible una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario.

de plantillas". Ello obliga al nuevo contratista a subrogarse en la posición contractual del anterior, no de forma voluntaria sino por imperativo legal, al haberse transmitido una organización empresarial basada esencialmente en el factor humano, en el trabajo, como mantiene la doctrina del TS. En otras palabras, no se tiene en cuenta el artículo 44.2 ET de forma independiente, ni la jurisprudencia del TJUE sobre la entidad económica, a pesar de que el TS acepta la sucesión de plantilla en los sectores desmaterializados en ciertas circunstancias.

La continuidad de la entidad económica independiente de la UPA tiene a fecha de hoy difícil encaje en la jurisprudencia nacional, a pesar de haber sido parte de la transposición de la Directiva. En este sentido la situación es complicada porque el TS sigue manteniendo que la mera sucesión de contratistas no es objeto de regulación en el artículo 44 ET cuando no existe transmisión de título. No obstante, esta situación de no reconocer la entidad económica por no existir un título de transferencia en la contratación de servicios, podría cambiar. Esto es lo que ha ocurrido en Italia.²⁹⁴

En Italia la reforma operada por la Ley de 7 de julio de 2016 (tras enfrentarse a un caso Pilot²⁹⁵), ha aclarado ciertos aspectos de la distinción entre contrato y transmisión de empresas, con el fin de hacer efectiva la protección de los derechos de los trabajadores como resultado de la sucesión de un empresario a otro en la gestión de un servicio específico. A la luz de las nuevas disposiciones, el impacto de

294.- Con la publicación de la denominada "Legge Europea" 17 de 2016: LEGGE 7 luglio 2016, n. 122: Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2015-2016. (16G00134)

295.- Italia se tuvo que enfrentar al Caso EU Pilot 7622/15/EMPL (recordemos que el proyecto EU Pilot es el principal instrumento de la Comisión para abordar con los Estados miembros participantes, cuestiones que planteen dudas sobre la correcta aplicación del Derecho de la UE o sobre la conformidad de la legislación de un Estado miembro con la legislación de la UE en una fase inicial, es decir, antes de que se incoe un procedimiento de infracción de conformidad con el artículo 258 del TFUE¹⁷). Entre otros temas Italia tuvo que revisar las disposiciones sobre los derechos de los trabajadores como consecuencia de la adquisición de una nueva contratista.

la aplicación de las normas del artículo 2112 del Código Civil italiano sobre la transmisión de una empresa es particularmente significativo, ya que el nuevo contratista se subrogará en la posición contractual del antiguo contratista y asumirá las obligaciones contraídas por este con respecto a salarios, cláusulas de empleo, etc. Asimismo, será responsable solidario junto con el antiguo contratista, respecto de reclamaciones salariales que pudieran plantearse con posterioridad a dicha transmisión.²⁹⁶

Como puede apreciarse, Italia ha dado un paso adelante al reconocer la continuidad de la entidad económica en la legislación, evitando a su vez, un procedimiento de infracción. No obstante, la legislación no parece cubrir todas las posibilidades que el TJUE ha fijado con respecto al concepto de entidad económica, ya que lo está ligando a que haya habido transferencia de empleados, lo que viene a ser la sucesión de plantillas, eso sí, afectando a toda la plantilla de la contrata, no como ocurre en España cuando tiene lugar por obligación del convenio. Aunque no haya una transmisión de bienes ha de mantenerse que puede haber una sucesión de empresa al continuar con el uso de los bienes, pues, aunque estos no hayan sido transferidos, si se permite la continuidad de la entidad económica identificable, al hacerse cargo de los mismos el nuevo contratista.

296.- El profesor Longo, al igual que Galli analizan esta ley y mantienen que la reforma ha aclarado ciertos aspectos de la distinción entre contrato y transmisión de empresas, con el fin de hacer efectiva la protección de los derechos de los trabajadores como resultado de la adquisición de un empresario a otro en la gestión de un servicio específico. Se ha ratificado de esta manera y con una estipulación a nivel nacional, la regla de que la sucesión en el contrato constituye una transmisión de empresa si, además de la transferencia de personal, se verifica que las entregas de bienes son irrelevantes. El artículo 30 de la *“Legge Europea”* establece que las disposiciones del artículo 2112 del Código Civil italiano relativas a la transmisión de una empresa o de una rama de la misma no se aplicarán únicamente si: i) el nuevo contratista tiene su propia estructura organizativa y operativa; Y (ii) hay elementos que indican la discontinuidad en la identidad comercial específica. LONGO, A.: Cambio appalto dopo la legge Europea 2016: strada aperta al contenzioso, 26 de noviembre de 2016: <http://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/amministrazione-del-personale/quotidiano/2016/11/26/cambio-appalto-dopo-la-legge-europea-2016-strada-aperta-al-contenzioso>; GALLI, G.: *“Legge Europea”* No. 122/2016: amendments regarding labour-law aspects and the maritime sector. 10 de octubre de 2016: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c381ca0a-c0fe-4716-a7dc-3beda4d761aa>

Resumiendo, en cuanto al concepto de entidad económica el artículo 44 ET, no está en consonancia con la interpretación que ha venido realizando el TJUE. Así el ordenamiento jurídico comunitario acuñó el concepto de entidad económica a lo largo de los años en la jurisprudencia, reflejándolo finalmente en la Directiva.

Este concepto, en el Derecho de la Unión, es el que permite que, a pesar de no haber transmisión de título, si el objeto de la sucesión cumple con todos los requisitos detallados, sí que se entiende que hay una sucesión empresarial, dando de esta forma amparo a externalización sin traspaso de propiedad y la sucesión de contratistas. Por contra, el ordenamiento nacional interpreta el concepto de entidad económica como una característica necesaria para que exista el objeto de la sucesión en sí, es decir que la sucesión de los casos tradicionales de empresa, centro de trabajo y UPA, sean realmente una entidad económica. Sin desligarlo al requisito de la transmisión del título.

Esta diferencia se produce por tener distintos puntos de partida²⁹⁷. El ordenamiento jurídico nacional pide que haya una transmisión de un título, mientras que el comunitario lo que pide que haya sucesión de la actividad, sin importar si hay transmisión de título.^{298 y 299}

297.- MONTROYA MEDINA, D.: Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, 2004: La norma comunitaria no sólo contempla el traspaso (rectius, transmisión) de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, sino también el de una mera "entidad económica" entendida como actividad productiva organizada, concepto que bien podría identificarse con el de una actividad productiva desarrollada por contrata. La doctrina ha reparado en esto, señalando que puede constituir una entidad con identidad económica susceptible de transmisión "no sólo aquella que reúna los requisitos de patrimonialidad tradicionales, sino también aquella cuyo sustrato fáctico venga constituido por un conjunto de elementos personales organizados que hacen posible y son esenciales para la actividad" GARCÍA ORTEGA, J. "La sucesión de contratistas" en AAVV "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 354. En contra, GÓMEZ ABELLEIRA, F. "Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", AL, n.º 16, 2002, pág. 334.

Así, para un sector de la doctrina, la redacción del art. 44 definiendo la sucesión de empresa en el mismo sentido que recoge la Directiva parece consolidar legalmente el criterio patrimonialista que

venía defendiendo el TS y al que con posterioridad se ha acercado el tribunal de Luxemburgo. En esta línea, no han faltado voces en la doctrina que ha entendido que la exigencia en la norma comunitaria y en el art. 44 del ET, relativa a que la entidad de la que se trate mantenga su identidad, "entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria", viene a validar la doctrina del TS instaurando un concepto más material de transmisión y consagrando así el criterio de la empresa-organización: VALDÉS DAL-RÉ, F., "La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional", Madrid (MTAS), 2001, págs. 59 a 61. SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ, F. "La sucesión de empresas tras la Directiva 2001/23 y la Ley 12/2001", en AAVV. "Análisis de la Ley 12/2001 de 9 de julio. La Reforma Laboral de 2001", Navarra (Aranzadi), 2001, págs. 167, 168 y 169. DEL REY GUANTER, S. "El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas...", op. cit., pág. 334. MORALA GÓMEZ, A. "La nueva regulación de la sucesión de empresas", AL, n.º 10, 2002, pág. 193.

Para otro sector, en cambio, el debate en torno a esta cuestión sigue sin estar cerrado tras la reforma del art. 44 del ET por la Ley 12/2001, porque la norma sigue sin abordarla de manera directa (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales", RL, n.º 11-12, 2002, pág. 189. El autor (pág. 192), en este sentido, llega a insinuar la conveniencia de una revisión de la clásica doctrina jurisprudencial a la luz del nuevo art. 44 del ET, propuestas revisoras que, con anterioridad, ya habían sido formuladas a la vista del texto de la Directiva y de la jurisprudencia comunitaria, cfr. TAPIA HERMIDA, A. "Derechos y deberes de los trabajadores y de los empresarios en las transmisiones de empresas según la nueva normativa comunitaria y el derecho interno español. (La necesidad urgente de una reinterpretación)", RTSSCEF, n.º 195, 1999, pág. 90.) o yendo más allá, se ha llegado a sostener que el término "medios organizados", empleado por la Directiva y por el art. 44.2 del ET para referirse al objeto de la transmisión, puede ir perfectamente referido, en los casos de sucesión de contratistas, "a la nueva actividad realizada por el personal sin sustrato patrimonial exigible, sencillamente porque no lo hay en esas empresas de servicios": SALA FRANCO, T.: "La sucesión de contratas", en AAVV. "La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar", Valladolid (Lex Nova), 2002.

298.- Esta diferencia ha quedado plasmada por parte de la doctrina (MERCADER UGUINA), igualmente hay tribunales que han seguido en alguna ocasión el principio de sucesión de la entidad económica, aunque no haya transmisión de título (STSJ de la comunidad de Madrid). No obstante, gran parte de la doctrina (DESDENTANTO, DEL REY entre otros) y el TS exigen la transmisión de título "nada transfiere el que nada tiene".

299.- Igualmente cabe recordar que Italia tuvo que enfrentarse a un proceso Pilot, y finalmente ha tenido que modificar su legislación al respecto para dar la protección a la sucesión de entidad económica, sin traspaso de título, ya que no recogían la sucesión de la entidad económica en contratas. Evitando de esta forma un procedimiento de infracción de conformidad con el artículo 258 del TFUE.

Como se dijo, en el ordenamiento jurídico comunitario la sucesión de la entidad económica sin traspaso de título, se puede dar en dos escenarios distintos basados en la actividad en la que se encuentra inmersa dicha entidad. De esta forma cuando hay una sucesión de una entidad económica en un sector donde lo más relevante es la mano de obra, sectores desmaterializados, hay que estar al número de trabajadores que pasan del cedente al cesionario para saber si se debe o no aplicar la denominada sucesión de plantilla (asunto Temco); Por el contrario cuando se está en un sector material, es decir, es necesario contar con ciertos activos o bienes materiales para poder desempeñar la actividad, hay que analizar si estos bienes han pasado de ser disfrutados por parte del cedente a ser puesto a disposición al cesionario, lo sería una sucesión de activos o bienes (asuntos Sodhexo y Adif). Este segundo escenario no se tiene en cuenta en el ordenamiento jurídico nacional.

Para alinear ambos ordenamientos jurídicos, posiblemente en el caso español y con respecto al concepto de entidad económica no haría falta ni siquiera ni una modificación del Estatuto ya que como se viene manteniendo, en el artículo 44.2 ET se pueden recoger todas las acepciones o potenciales significados de la entidad económica, siempre que la interpretación del mismo apartado se haga acorde con la interpretación del TJUE, otra cosa es que la interpretación siga desalineada, prolongándose en el tiempo y la única forma de reconducir la interpretación sea aclarando los conceptos vía reforma del artículo 44.2 ET.

En este sentido, ha de considerarse que la continuidad de la entidad económica es un supuesto reconducible, además de la empresa, centro de trabajo o UPA en el que se puede dar la sucesión empresarial, llevando a cabo de esta forma una interpretación conforme a la doctrina del TJUE.³⁰⁰

300.- Se ha analizado como la jurisprudencia del TJUE ha ido matizando este concepto, para nosotros el periplo llevado a cabo por las tres sentencias “S”, Spijkers, Schmidt y Süzen no es un viaje pendular sino un viaje estable partiendo de la Directiva 77/187 hacia el reconocimiento de la entidad económica y de las contrataciones, las cuales, bajo ciertas circunstancias pueden enmarcarse en la Directiva protegiendo a los empleados impactados por dicho negocio, acabando dicho viaje de forma exitosa con la Directiva 98/50 en la que se recoge, también con un punto propio dicho concepto, el 1.1.b) y esas circunstancias son precisamente las que hacen que haya una sucesión en la entidad económica.

La técnica de la transposición de las Directivas (vid supra cap. II apartado 2) recomienda conseguir el objetivo de la Directiva cambiando el literal de la norma, si hace falta para llegar a dicho fin. En España para el aspecto de la entidad económica ha ocurrido justo lo contrario, se ha transpuesto el literal de la Directiva, pero no se está siguiendo el objetivo de la misma.

3.4.- La sucesión de plantilla

Esta doctrina elaborada por el TS se basa, según el propio Tribunal, en la jurisprudencia del TJUE en la que se establece que existe sucesión empresarial cuando en una contratación de servicios, la empresa entrante se hace cargo de una parte significativa de la plantilla de la saliente en un sector inmaterial. De esta forma, la doctrina de sucesión de plantilla es aplicable en los casos en los que no hay traspaso de titularidad ni de activos, solo de trabajadores, encontrándonos ante la realidad de que en el sector en concreto lo más relevante para ser una entidad económica es precisamente la mano de obra; que vienen denominándose actividades desmaterializadas. Así, aunque no haya habido un traspaso de titularidad del cedente al cesionario, cuando este se hace cargo de la mayoría de los empleados que prestaban sus servicios al cedente en la entidad económica, ésta sigue existiendo y, por tanto, el cesionario debe garantizar la continuidad de la relación laboral, no pudiendo empezar dicha relación laboral de cero.

A) Postura del TJUE y doctrina comunitaria:

Algunos autores han mantenido que surgieron ciertas preocupaciones en la doctrina tras la sentencia Süzen, apuntando que un tema a analizar era que el cesionario tiene que consentir el traspaso de al menos una parte de la plantilla suficiente para que sea considerada una “mayor parte” para que pueda aplicarse la Directiva, mientras que, en paralelo, el TJUE previamente observó que las intenciones de las partes son irrelevantes para determinar si se estaba o no bajo la aplicación de las obligaciones

de la Directiva.³⁰¹ No obstante, como se ha podido observar en el ejemplo del restaurante japonés las partes pueden acordar que negocio llevan a cabo pero no sus consecuencias.

Posteriormente sentencias desvelaron que el TJUE diferenciaba entre actividades económicas, tales como la limpieza, basadas esencialmente en los trabajadores y otras tales como el transporte o conducción en minas, los cuales requieren un equipamiento y centros de procesamiento. En *Oy Liikenne Ab*³⁰², por ejemplo, una contrata de servicio público de autobuses fue otorgada a un proveedor el cual ofertó trabajo a algunos de los trabajadores del proveedor anterior con unos términos y condiciones menos ventajosas de las que tenían en la compañía anterior. Dichos empleados pidieron tener al menos las mismas condiciones que tenían anteriormente, de acuerdo con la Directiva, ya que el nuevo proveedor estaba llevando a cabo la misma actividad que su predecesor. Pues bien, el TJUE entendió que cuando debe haber activos materiales suficientes en la actividad en cuestión para poder definir la entidad económica y en la transferencia estos no se han traspasado del cedente al cesionario, esto indica que la entidad no ha mantenido su identidad y la Directiva por tanto no debe aplicar. No obstante, la doctrina del TJUE desde el caso *Süzen* viene diciendo que la aplicación de la Directiva se basa de una forma altamente relevante en la efectividad de la estructura del contrato. Donde los activos son esenciales al negocio, la aplicación de la Directiva se podría evitar no transfiriendo dichos activos, donde el negocio está basado en los trabajadores. La Directiva se podría evitar ex ante al no ofertar trabajo a los trabajadores del antiguo empleador.³⁰³

301.- DAVIES, P.: "Transfers – The United Kingdom Will have to Make up its own Mind" *Industrial Law Journal*, Reino Unido 2001; O'LEARY, S: *Employment Law at the European Court of Justice: Judicial Structures, Policies and Processes*, Hart Publishing 2002; SHURBSALL, V.: "Competitive Tendering, Out-sourcing and the Acquired Rights Directive", *Modern Law review*, Reino Unido 1998

302.- STJUE de 25 de enero de 2001, Asunto *Oy Liikenne Ab*, C-172/99,

Para el TJUE lo importante es analizar si hay continuidad de la entidad económica o no, en materia de las subcontratas es donde este concepto es llevado a su máxima expresión ya que, a pesar, de que no hay relación directa entre la empresa saliente y la entrante, si esta última se hace cargo de los empleados de la saliente a unos niveles suficientes, se puede entender que existe sucesión empresarial, por sucesión de plantillas y tal y como se establecía en el caso Temco, el motivo por el que se hace cargo el entrante de dichos empleados, carece de incidencia.

Mientras que, en la jurisprudencia del TS se hace el ejercicio inverso: no parte de la continuidad de la entidad económica, ya que este concepto no lo considera de forma individualizada, sino que parte del hecho real de que la subrogación está prevista en los convenios colectivos. Esto da pie al TS a asimilar dichas previsiones con los supuestos de hecho del artículo 44 ET. En estos casos lo dispuesto en el convenio vendría a determinar el alcance de la sucesión empresarial, aunque posteriormente evoluciona a casos donde no se establece por convenio colectivo.

B) Postura del TS y doctrina nacional:

En un primer momento la jurisprudencia española siguiendo el criterio patrimonialista, no contemplaba la sucesión de plantillas como único elemento

303.- DAVIES, P.: "Transfers - The United Kingdom Will have to Make up its own Mind..." *op. últ. Cit:* Dada la aplicación de la Directiva que el TJUE está llevando a cabo, conduce a los abogados mercantiles a tener en cuenta el factor de la legislación laboral cuando están llevando a cabo la negociación del acuerdo, y les anima a aplicar sus aptitudes legales con el mayor ingenio posible para evitar la aplicación de esta normativa.

A nuestro entender esto es lo correcto, no ya en cuanto al ingenio de los abogados mercantilistas u otros asesores, sino porque al final cuando un empresario o una empresa lleva a cabo una operación debe entender lo que está realizando para entender su impacto, como nos pasa a todos en nuestras vidas particulares, teniendo que buscar el asesoramiento cualificado que nos dé la mayor confianza y seguridad, tal y como establecíamos en el ejemplo usado al inicio de estas conclusiones del restaurante japonés, no es que las partes acuerden si la directiva o el art 44 ET aplica o no, lo que acuerdan es un negocio jurídico, el cual dependiendo de en qué consiste el mismo acarreará la aplicación de la Directiva y del art. 44 ET o no.

determinante del supuesto de sucesión de empresa, y como elemento suficiente para la aplicación del artículo 44 ET. Se exigía la transferencia de un conjunto de elementos patrimoniales susceptibles de explotación unitaria.³⁰⁴ Argumentaba el TS, que el cambio de empresario, de acuerdo con la teoría general de las obligaciones de 1205 CC, sólo era posible con el consentimiento del trabajador, dado que empresario y trabajador son deudor y acreedor de trabajo y salario a la vez. El artículo 44 ET no rompería este modelo al garantizar la transmisión patrimonial de la misma. La argumentación que estableció la doctrina venía a señalar que, ante el riesgo de una sucesión no deseada, el empresario se limitará a no contratar a los trabajadores cesados, e igualmente si las cláusulas de los convenios colectivos que establecen para el contratista entrante, obligaciones de incorporación del personal del anterior contratista se convierten en una vía para que el segundo asuma también todas las responsabilidades laborales y sociales del anterior, lo más probable es que esas cláusulas desaparezcan en el futuro, con lo que el exceso de protección acaba conduciendo a la desprotección.³⁰⁵

En las siguientes STS se puede observar el devenir de la doctrina en nuestro ordenamiento nacional.

304.- MERINO SEGOVIA, A. "La transmisión de empresas en el ordenamiento laboral español: Un marco normativo insuficiente y deficiente". *Revista de Derecho Social*, nº 45, 2009, pág. 76.

305.- GÓMEZ ARBOS, J: "La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos..." *op. ult. cit.*: Si bien es cierto que frente a dichas situaciones podría darse la situación de no incorporar la plantilla anterior, lo cierto es que la inclusión de cláusulas en la negociación colectiva, y su inclusión en los pliegos de condiciones de servicios concesionarios, daría lugar a que se mantuvieran la mayoría de los puestos de trabajo. Además, sin duda en la mayoría de las actividades subrogadas es necesaria la asunción de la plantilla anterior por motivos puramente prácticos. El personal subrogado, ya está formado, conoce la actividad a desarrollar, y lo más importante, conoce a los clientes asumidos por la nueva empresa, por lo que son escasos los supuestos en los que se puede prescindir de una plantilla, al asumir la sucesión de un negocio.

En la STS 6892/2004³⁰⁶ para el TS, difícilmente puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento. Basándose en dos dificultades:

- 1) El efecto de la transmisión es precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión.
- 2) La subrogación en los contratos está vinculada a la transmisión de la empresa, porque de esta forma se establece una garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si los contratos se mantuviesen con un empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo.

Mantenía el TS que estas consideraciones mostraban los inconvenientes de aplicar el criterio de la sucesión en la plantilla como un supuesto de transmisión de empresa incluido en el artículo 44 ET y en las Directivas comunitarias, con independencia de que dicho Tribunal deba seguir ese criterio por el principio de vinculación a la doctrina comunitaria.

Posteriormente, en la STS 8838/2011³⁰⁷ el TS mantiene que no es necesario para que exista sucesión empresarial para que se produzca un contrato de cesión de la actividad o de medios materiales entre la antigua contratista y la nueva, sino que basta con que la suceda en la actividad. Esta circunstancia unida al hecho de que se emplee a un número significativo de trabajadores que ocupaba la actividad contratista anterior (en el caso concreto a 36 de los 46 trabajadores) revela el conjunto de trabajadores empleados constituye una unidad económica que tiene su propia entidad porque la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra y que por tanto se está ante un supuesto de los llamados de "sucesión de plantillas". En esta STS se recoge el espíritu de la continuación de la entidad económica, no

306.- STS 6892/2004 de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004\720).

307.- STS 8838/2011 de 7 de diciembre de 2012.

obstante, plantea duda³⁰⁸ de si lo correcto es tratar todas las actividades de una contrata junta o, si, por el contrario, debería ser por separado. Es decir, el pliego de prescripciones técnicas correspondientes era; por ejemplo, de acuerdo con la STS: servicio de mudanzas/peonaje, operaciones ligadas a la facturación en la estación de metro de nuevos ministerios, jardinería interior, conservación zonas ajardinadas en la urbanización y accesos al aeropuerto, control de circulación, retirada de vehículos.

Por otro lado, como hemos visto en la STS 3581/2014³⁰⁹ se mantiene que la mera sucesión de contratistas no está contemplada en el artículo 44 del ET, cuando no existe transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada. Es decir, volviendo al no reconocimiento de la entidad económica. Continúa la STS manteniendo que la subrogación empresarial que el citado precepto estatutario impone sí se produce cuando se transmite una organización empresarial en aquellos supuestos denominados "sucesión de plantillas", en los que la actividad descansa, esencialmente, en el factor humano, en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado, en la ejecución de la contrata.

308.- Al unir todas las actividades de la contrata en una única contrata, se está asumiendo que el sector es inmaterial, por ejemplo, las actividades de mudanza o incluso la de jardinería, aunque el convenio colectivo de jardinería de Madrid establezca la subrogación, ya que no es lo mismo que se trate solamente de abonar y reglar las plantas, que aportar plantas propias, para lo que también hace falta transportarlas usando algún medio. Esta misma STS dice que nos encontramos ante un supuesto de los llamados de "sucesión de plantillas", sin que el hecho de que la recurrente haya aportado maquinaria propia y elementos materiales desvirtúe lo dicho, porque no se ha probado la importancia de estas aportaciones materiales, mientras que si consta el valor del factor humano, al haberse dado ocupación al 80 por 100 de la anterior plantilla, a la par que los trabajos de jardinería, mudanzas, peonaje, control de acceso y de circulación, así como los de facturación no requieren por lo general una gran inversión en muebles y máquinas, sino, principalmente, en capital humano. La recurrente debía haber probado que lo antes dicho no es cierto, acreditando el importe de sus inversiones en máquinas y demás bienes materiales, la mano de obra empleada y que la reducción de la plantilla se debía a sus inversiones y, como no lo ha realizado, procede concluir que sus inversiones no han sido relevantes para que la actividad continúe con normalidad"

309.- STS 3581/2014 de 9 de julio de 2014, (RJ 2014\4637)

En estos supuestos, si el nuevo contratista asume la mayor parte del personal que empleaba el anterior, se entiende que existe sucesión de empresa en su modalidad de "sucesión de plantillas", lo que obliga al nuevo contratista a subrogarse en la posición contractual del antiguo empleador, no de forma voluntaria sino por imperativo legal, al haberse transmitido una organización empresarial basada esencialmente en el factor humano.³¹⁰

Ahora bien, se ha señalado que en la STS 1818/2016³¹¹, se mantiene que un supuesto de sucesión de contratas en las que no hay transmisión de empresa entre la saliente y la entrante, además se añade, y esto es clave, que no hay traspaso de una entidad económica, ya que, aunque hubo empleados que se transfirieron, esto no se hizo de forma voluntaria; al contrario, la asunción de los trabajadores se produce como consecuencia de la imposición ordenada por el Convenio Colectivo.

De ello se deriva que no estemos ante la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 ET, la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. En este punto es conveniente recordar, que la naturaleza del fenómeno subrogatorio en estos casos es también especial en sus efectos:

- a) Se asume a los trabajadores del empresario saliente (en las condiciones previstas por el convenio) en un caso en que ni la norma comunitaria ni la Ley española obligan a ello.
- b) La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una "sucesión de plantilla" y una ulterior "sucesión de empresa".
- c) Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo.

310.- MERCADER, J.: La sucesión de empresas: Derechos de trabajadores y afectación de los convenios colectivos, Congreso de graduados 2014

311.- STS 1818/2016 de 7 de abril de 2016.

d) Puesto que, si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva.

En definitiva, el TS ha reconsiderado su posición respecto a la denominada doctrina de sucesión de plantilla, aceptándola en determinadas situaciones, siempre que se trate de sectores inmateriales.³¹²

No obstante, sigue manteniendo el TS, que las contratas no tienen cabida en el artículo 44 ET, porque como mantiene nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios. La contrata no es una unidad productiva autónoma a los efectos del artículo 44 ET y no pueden confundirse los conceptos de "contrata" y transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, pues se trata de contratos de naturaleza y contenido diferentes, dado que no requiere la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios para configurar una estructura empresarial, organización empresarial que en principio tiene el contratista.

Razón tiene el alto Tribunal cuando dice que no puede confundirse la contrata con una empresa, centro de trabajo o UPA, al igual que la tiene cuando dice que la contrata no requiere la transmisión de elementos. No obstante, puede que, aunque no se requiera dicha transmisión se puedan dar situaciones en que las que haya un traspaso, aunque no sea directa ni de propiedad y a nuestro entender esto es lo que habría que analizar ante un supuesto de hecho, para ver si ha habido algún traspaso, o dicho de otra forma sucesión, ocasionando que haya continuidad de la entidad económica. Así, la entidad económica, es un supuesto además de la empresa, del centro de trabajo y de la UPA, un cuarto supuesto que no se usa en nuestro ordenamiento jurídico, pero que, no obstante, se encuentra en el mismo, en el

312.- Como decíamos, analizaremos la implicación de la subrogación por convenio colectivo en el siguiente punto. No obstante, cabe apuntar que en la sentencia Temco el TJUE decía que la causa que da pie a la incorporación de los empedados es irrelevante, de hecho, en el caso en concreto los empleados se transfieren en base a la aplicación de un convenio colectivo.

artículo 44.2 ET y que es la base de mucha de la doctrina del TJUE citada y uno de los motivos por el que se modificó la Directiva. Si se aceptase este concepto de entidad económica en España, como objeto de la sucesión empresarial, explicado anteriormente (Vid supra cap. III, apartado 1.1), se aceptaría el concepto de la sucesión de plantilla, no como algo ajeno al artículo 44 ET, que se tiene en cuenta de forma forzada, sino porque emana directamente del artículo 44 ET. Esto llevaría a la aplicación de una doctrina de sucesión de plantilla pura, que es la que está vigente para el TJUE. Para el tribunal comunitario es indiferente la motivación que lleva a ofertar a los empleados la continuidad; que provenga de un Convenio no es relevante para el supuesto de hecho de en sí.³¹³

Recopilando, la doctrina de la sucesión de plantillas sí opera en nuestro ordenamiento en determinados supuestos:

- Se trata de un sector desmaterializado.
- No hay un cambio de titularidad, ya que, si hay una compra de empresa, centro de trabajo o UPA, porque una empresa de limpieza se fusiona con otra no habría doctrina de sucesión de plantilla, habría un artículo 44 ET tradicional.
- Se transfiere a un número relevante o cualificado de trabajadores de la empresa saliente a la entrante.³¹⁴

313.- Esto igualmente conllevaría a una situación más clara aún para las personas que no cumplen con los requisitos que establece el Convenio Colectivo, ya que, si al final aplica a la Doctrina, aplica para todos.

314.- El volumen de los trabajadores a ser considerados, nos volvemos a referir a BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratas y “asunción de plantilla...” *op. últ. cit.* quien señala que, el TS, en síntesis, en su nivel de precisión «máximo», habla de dos posibles concepciones la asunción de una parte importante/esencial cuantitativamente de la plantilla; o bien, la asunción de una parte importante/esencial cuantitativa y cualitativamente de la plantilla. De modo que, si en un supuesto de sucesión de contratas, el empresario entrante asumiera un número de trabajadores reducidos, pero éstos fueran los que controlaran los procesos clave de la actividad desmaterializada, debería entenderse que se está ante una entidad económica a los efectos del artículo 44 ET. En este punto la jurisprudencia del TS está en sintonía con la del TJUE.

- Dicha transferencia es voluntaria para la empresa entrante. De esta forma el TS diferencia entre la sucesión de plantilla, siendo de aplicación el artículo 44 ET y la subrogación por convenio donde la subrogación conllevará las garantías que establezca dicho convenio y no las que establece el artículo 44 ET.³¹⁶

Todo esto se encuentra en consonancia con la Directiva a pesar de los orígenes de la sucesión de plantilla en España y de que no se reconoce la entidad económica de forma individualizada. La disonancia llega cuando la transferencia no es voluntaria (vid infra cap. III apartado 3.5) y cuando se trata de un sector material (vid infra cap. III apartado 3.6).

316.- La posición que se está defendiendo en el presente estudio (Vid infra cap. III apartado 3.5) y que ya se empieza a plasmar por parte de algunos autores (Beltran) es que la representación sindical y patronal no acuerdan la aplicación del artículo 44 ET, porque no pueden, acuerdan que las empresas en su sector están obligadas a hacer una oferta de trabajo u oferta de subrogarse a través de una novación a los empleados que cumplan con unos requisitos. Entendemos que habría que hacer un cálculo numérico en cada situación, es decir, ver a cuantos empleados les aplicaría, si aplica a un número suficiente para que los tribunales entiendan que hay sucesión de empresa, la misma tiene que aplicar junto con el artículo 44 ET completo y para todos, si no hay empleados suficientes en la transferencia no aplicaría ni la sucesión de empresa ni el artículo 44 ET.

Entendemos igualmente que esta posición puede llegar a complicar aún más la sucesión de contrata en estos sectores, ya que habría que estar a la espera de ver cuántos empleados están dispuestos a pasar a la empresa saliente, es decir habría que ofertar a los que cumplen los requisitos y ver si efectivamente se transfieren, y hasta que no se cierre el periodo no se podría decidir si los que han aceptado pasan como una novación sin el artículo 44 ET o si por contra aceptan suficientes como para que se entienda que hay sucesión de plantilla, se transfiere no solo los que cumplen con los requisitos sino todos los que conforman la entidad económica y con el artículo 44 ET completo.

Se dice igualmente que el convenio tiene que ser sectorial no de empresa, de seguir nuestro razonamiento daría igual si el convenio es del sector o de una compañía en concreto, ya que lo que se hace es una auto obligación a hacer ofertas de empleo o novaciones, si la aceptan suficientes podría aplicar la sucesión de plantillas y si no, no aplicaría, siempre que la empresa este enmarcada en un sector inmaterial.

Por último, cabe recalcar que en la potencial situación de la sucesión de plantilla que la jurisprudencia comunitaria ha creado y que, como hemos visto, en la jurisprudencia española se tiene en cuenta aunque de forma reacia, se puede ocasionar la siguiente paradoja: La Directiva busca la estabilidad en el empleo y la jurisprudencia pretende proteger a la plantilla que forma parte de la entidad económica y que cambia de servicio con la doctrina de la sucesión de plantilla, pero lo que se puede conseguir es que el nuevo potencial empleador si no quiere que se le aplique una transmisión obligatoria de empleados con sus términos y condiciones contractuales, opte por no dar trabajo a los empleados de la compañía de origen para no correr riesgos y por tanto la estabilidad en el empleo sale perjudicada por la propia doctrina que pretendía protegerla. . Esta diferencia, entre contar con los trabajadores o no, es la clave que diferencia entre las sentencias Schmidt y Süzen. A pesar de que la doctrina tanto internacional como nacional han mantenido que se han producido movimientos pendulares, en el presente estudio se está defendiendo que ello no es así. Estas sentencias han supuesto la progresiva matización del concepto de entidad económica; siendo la diferencia entre ambas sentencias el hecho de que, en Schmidt, el cesionario oferta trabajo al 100 por cien de la plantilla, mientras que en Süzen el cesionario no cuenta ni con dicha empleada, ni con los otros siete trabajadores de limpieza.³¹⁷

317.- Los pronunciamientos de Spijkers, Schmidt , y süzen se han considerado tradicionalmente como pendulares, manteniendo que primero en Spijkers se pedia una transferencia de bienes suficiente para calificar el negocio jurídico como sucesión empresarial, posteriormente en la sentencia Smidht se pasaba a un requisito menos tangible como era la contratación de un servicio de limpieza sustituyendo la actividad que llevaba a cabo el mismo cedente y por ultimo con Süzen donde se ha mantenido que era una enmienda de Schmidt, volviendo a pedir requisitos no tangibles. El punto de vista defendido en el presente estudio es que este periplo judicial, no ha sido pendular, sino que es lo que ha matizado la entidad económica. (Vid supra cap. III, apartado 3.3)

3.5.- La subrogación obligada por convenio colectivo

Asimilación por la que puede operar el artículo 44 ET o parte del mismo, a pesar de no cumplir con los requisitos que dicho artículo establece, se da cuando hay sucesión de contratas en sectores en los que la mano de obra es fundamental y así se reconoce en el convenio colectivo aplicable. Estos casos, según el TS, son similares a los de la sucesión de plantilla. De hecho, los inicios del reconocimiento de la doctrina de la sucesión de plantillas del TS provienen de la obligatoriedad de subrogación recogida en determinados tipos de convenio. La única, pero relevante diferencia con esta doctrina es que en el convenio colectivo se recoge cómo debe operar la sucesión de contrata. Esta asimilación no es verdaderamente una sucesión de plantilla.

Que se delegue a los Convenios Colectivos la potestad para decidir cuándo opera la subrogación empresarial y cuando no, es una manifestación de la autonomía colectiva, que plantea las siguientes cuestiones:

A.- Cobertura sectorial:

1.- Diferencia de trato en convenios colectivos del mismo sector:

Al tener convenios colectivos de distinto ámbito se puede dar que en una provincia se trate de una forma, y en otra provincia de forma distinta o no se trate, por ejemplo, en el sector de limpieza Albacete establece que se subrogara a trabajadores/as en activo que presten sus servicios en dicho centro con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses, mientras que el de Toledo³¹⁸, dentro de la misma comunidad autónoma, establece que la subrogación será para los trabajadores/as de la misma que estén prestando sus servicios en dicho centro, con una antigüedad mínima de tres meses

318.- Ambos convenios de aplicación en 2013: Convenio Provincial para la actividad de limpiezas de locales y edificios de la provincia de Albacete, BOP de Albacete de 29 de abril de 2013 y Convenio Colectivo Provincial de limpieza de edificios y locales de Toledo 2011/2012/2013, BO de la provincia de Toledo de 11 de octubre de 2012.

2.- Discrepancia entre los distintos sectores

Se observa también ciertas diferencias en cuanto al tratamiento de la sucesión en distintos sectores, los sectores de limpieza garantizan el reconocimiento de la antigüedad, mientras que el sector del contact center solo se requiere que el empresario entrante tenga en cuenta la plantilla para el proceso de selección y haga ofertas a un porcentaje de la plantilla de la empresa saliente.

O incluso, como ocurre en el convenio colectivo de oficinas y despachos de Vizcaya³¹⁹, donde se puede estar desvirtuando el mismo sector, ya que, por ejemplo, juntar a profesionales dedicados a la mensajería, con delineantes y otros profesionales que cada vez están más orientados a servicios como consultores o informáticos puede que no sea óptimo.

3.- Contenido de los convenios

También pueden observarse diferencias en el contenido de los convenios colectivos, o entre lo dispuesto en convenio y lo establecido en la normativa comunitaria. Por

319.- Convenio Colectivo del Sector Oficinas y Despacho de Vizcaya, publicado en el BOB el 6 de junio de 2011, prorrogado para 2014 por resolución de 19 de diciembre de 2013, del Delegado Territorial de Trabajo, Empleo y Políticas Sociales de Bizkaia del Departamento de Empleo y Políticas Sociales publicado en el BOB el 13 de febrero de 2014. Artículo 1: El presente Convenio Colectivo Provincial regulará las relaciones laborales de todo el personal de empresas de: Estudios Técnicos y Delineación. Cámaras, Colegios y Asociaciones. Administradores de Fincas. Oficinas varias de Planificación. Organización de empresas y organización contable. Cobradores de Giros y Mensajerías. Empresas de Servicios de Informática. Ingenierías y Consultorías. Oficinas y Empresas no incluidas en otras Agrupaciones y sujetas a la Ordenanza Laboral de Oficinas y Despachos.

ejemplo, en la STS 1818/2016 se dice que en el Convenio Colectivo donde no se recoja la garantía del artículo 44.3 ET³²⁰ la empresa entrante no deberá responder de las deudas contraídas por la empresa adjudicataria anterior con sus trabajadores antes de la asunción de la contrata por la nueva empresa. Esto sigue aplicando, aunque se transmita el 100 por cien de los trabajadores, ya que no se aplica el artículo 44 ET.

4- Sectores donde no se debería poder aplicar la obligación

El origen de establecer la obligación de transferir del cedente al cesionario los empleados que cumplan ciertos requisitos, en algunos convenios colectivos proviene de las siguientes ideas:

- Hay sectores en los que la mano de obra es el único elemento para determinar la entidad económica
- El cesionario podría decidir si incorpora a dichos trabajadores o no, a su plantilla, dependiendo del número de trabajadores desencadenaría o no la doctrina de la sucesión de plantillas.

320.- En el art. 44.3 ET es donde se establece la responsabilidad solidaria de las empresas a las transmisiones por actos inter vivos durante tres años por obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

Este punto, ligado a otro problema que puede plantearse que es el de la cuantificación de las personas a ser transferidas, puede dar lugar a la siguiente paradoja:

- Empresa entrante del sector inmaterial que decide hacerse con los servicios del 80 por cien de los empleados de la empresa saliente por voluntad propia ya que el convenio colectivo en cuestión no establece nada sobre la subrogación. Aplica el art 44 ET y por tanto el art 44.3 ET
- Empresa entrante del sector inmaterial que se ve obligada por el convenio colectivo del sector a llevar a cabo la subrogación de las personas que cumplan con los requisitos establecidos en dicho convenio y que se concreta en el 100 por cien de la plantilla, no aplica el art 44 ET y como no lo recoge el convenio tampoco el art 44.3 ET, quedando los empleados en una situación de menor protección a pesar de lo analizado anteriormente bajo los epígrafes de la sucesión de doctrina y de la entidad económica.

- En aras a la estabilidad del empleo se obliga al cesionario de la contrata a hacerse cargo como mínimo de los trabajadores que cumplan los criterios que el convenio colectivo establece.

Si por el contrario nos encontramos un sector que no es inmaterial, es decir que para que exista una entidad económica debería transferirse bienes o activos, el resultado debería ser distinto. Esto delata dos aspectos que están entrelazados, pero es conveniente que sean planteados de forma separada:

Aspecto 1º.- Que existen sectores que están regulando la subrogación de forma desvirtuada. Por un lado, estableciendo la misma en un sector que no corresponde, como ocurre en el ejemplo de la hostelería, se trata de un sector material donde no puede aplicar la sucesión de plantilla, y por tanto tampoco debería poder aplicar la subrogación obligada por convenio, ya que ambas se basan en el requisito de que estemos ante un sector inmaterial.³²¹

321.- Artículo 59 del acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería: “Se entiende por servicio de Colectividades o Restauración Social, aquél que realizado por una empresa interpuesta entre la empresa principal (cliente) y el comensal, presta un servicio hostelero y procede a elaborar y transformar los alimentos mediante un sistema y organización propios, en las instalaciones del mismo «cliente» o en las suyas propias, sirviendo siempre con posterioridad, dichos alimentos en los espacios habilitados al efecto por los clientes y percibiendo por ello una contraprestación. Asimismo, se incluyen dentro del ámbito de aplicación de este capítulo los servicios hosteleros prestados en virtud de concesiones administrativas por las empresas pertenecientes al subsector de Colectividades o Restauración Social, por ejemplo, en centros de enseñanza, hospitales y aeropuertos, entre otros”

Y posteriormente que “será de aplicación en todos los supuestos de sucesión o sustitución de empresas, en los que no exista, transmisión patrimonial, como consecuencia del cambio de titularidad de una empresa los trabajadores y trabajadoras de la empresa cedente pasaran a adscribirse a la empresa cesionaria que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones económicas, sociales, sindicales y personales que se disfrutasen en la empresa anterior” Es decir, nos encontramos ante un sector, el de la hostelería, que no es inmaterial, tal y como recoge la sentencia del TJE en Sodexho, y donde lo reconoce el mismo convenio ya que dice que hace falta instalaciones, ya sean del cliente o propias.

La solución pasa por analizar la continuidad de la entidad económica. Si, por ejemplo, se usan las instalaciones del cliente y la clientela es cautiva, debería transferirse también la plantilla porque es parte de esa entidad económica.³²²

Si los indicios de la continuidad de la entidad económica se minimizan o reducen, por ejemplo, si la clientela no es cautiva y/o no usa infraestructura del cliente, si no propia, puede que no haya continuidad de la entidad económica y, por tanto, los empleados no deberían ser transferidos, ya que la obra o contrato de por si no puede ser lo mismo que la entidad económica³²³ No se debería poder obligar al trabajador a cambiar de empresa por acuerdo entre los sindicatos y la patronal, ni dar la cobertura (aunque sea parcial) del artículo 44 ET ope legis.

Por otro lado, se está intentando establecer la subrogación en convenios colectivos de un sector, intentando que afecte a empresas de otros sectores; así, por ejemplo, en el convenio colectivo de jardinería, se intenta que la subrogación por convenio aplique a la administración o a la empresa principal cuando haya una reversión, aunque estas empresas no pertenezcan al sector de la jardinería.³²⁴

322.- Aplicando la sucesión de activos o bienes. (caso Sodexho que justamente trata de la hostelería en un hospital con clientela cautiva)

323.- . Como hemos visto igualmente en este estudio y en asunto Temco.

324.- Convenio colectivo estatal de jardinería para el periodo 2015-2016. BOE 2 de febrero 2016.
Art. 43: Establece que la subrogación “engloba con carácter genérico cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada, excepto cuando el usuario final sea particular y destinado a su uso privativo y residencial, e identifica una concreta actividad que pasa a ser desempeñada por una determinada empresa, sociedad, administración pública u organismo público fundamentalmente, siendo aplicable la subrogación aún en el supuesto de reversión de contrata a cualquiera de las Administraciones Públicas.

En el caso de que el propósito del cliente, al rescindir el contrato de adjudicación del servicio, fuera el de realizarlo con personal propio, pero de nueva contratación, quedará obligado a incorporar a su plantilla a los trabajadores afectados de la empresa de jardinería hasta el momento prestadora de dicho servicio.

Aspecto 2º.- El otro aspecto es que estos sectores posiblemente tengan que intentar recoger la subrogación en el convenio porque en nuestro ordenamiento jurídico, como se ha analizado, no se ampara la continuidad de la entidad económica ni la sucesión de activos o bienes (vid infra cap. III apartado 3.6), que es un caso similar a algunos de los potenciales que se pueden dar en el sector de la hostelería en España, reflejados literalmente en el convenio (Sodexho). De esta forma, el convenio de hostelería, intenta que se aplique la subrogación obligada por convenio cuando hay un cambio de contratista en un hospital o un aeropuerto donde la clientela es cautiva y donde por su situación la infraestructura ya está instalada, es decir se intenta cubrir a través del sector inmaterial (sin serlo) los derechos que se deberían garantizar, como así lo hace el TJUE de forma automática cuando hay sucesión de activos o bienes a los que tiene que seguir la plantilla.

B.- Sigue los designios del Convenio Colectivo y solo para quien cumpla los requisitos:

Como hemos visto, cuando estamos ante una situación en la que la subrogación viene obligada por el convenio colectivo, el TS limita los efectos de dicha subrogación a los que establezca el convenio en cuestión. Esto nos lleva a la siguiente paradoja: se intenta proteger a la plantilla, pero se le acaban reconociendo garantías que pueden ser inferiores a la que recoge el artículo 44 ET cuando deberían aplicarse la de sucesión de plantilla. (Vid supra cap. III, apartado 2.6) y el artículo 44 ET en su plenitud.

La mayoría de los convenios colectivos no establecen el número de las personas que tienen que ser transferidas, establecen los criterios de los que tienen que ser transferidos, dependiendo del convenio inmaterial, se atiende a la antigüedad u otros parámetros que el sector tenga a bien acordar. Si en una contrata de 10 personas cumplen el criterio 2, se transfieren esas 2, si cumplen el requisito 8, se transfieren los 8 y solo los 8. Esto choca plenamente contra el concepto de la Directiva, ya que, de pasar 8 empleados, habría cantidad suficiente para entender que la entidad continua por lo que deberían ser susceptibles a la transmisión y al artículo 44 ET, los 10 empleados. No discriminando a ciertos empleados basándose en la antigüedad.

C.- Delegación en los Convenios Colectivos:

Se delega la aplicación o no aplicación del artículo 44 ET o su asimilación a la negociación colectiva. Este aspecto también va en contra de uno de los principios de la Directiva, el de la aplicabilidad automática, no pudiéndose acordar la aplicación o la no aplicación de la misma.

La jurisprudencia comunitaria y la nacional han dejado claro que cuando opera la sucesión empresarial es *opere legis*, no pudiendo las partes acordar que esta opere o deje de operar, ni siquiera con el acuerdo de la representación de los trabajadores. ¿No es sin embargo esto mismo lo que se está llevando a cabo? ¿Pueden los representantes de los trabajadores y la patronal de un sector decidir cuándo aplica el artículo 44 ET? ¿Si opera el artículo 44 ET no debería operar en toda su integridad y no dejarlo a lo que se establezca en convenio?

Cierto es que cuando se acuerda la aplicación en el sector no es para un negocio jurídico concreto ni hay cedente, cesionario, o empleados implicados ni representantes legales de dichos implicados, ya que es un acuerdo marco para las operaciones de sucesión de contrata en el sector. No obstante, no deja de ser un acuerdo entre patronal y sindicatos, entre las empresas que llevarán a cabo la contrata actuando a veces como cedente y otras como cesionario y los representantes de los trabajadores bajo la fórmula de los sindicatos, o por lo menos los más representativos. El que se pueda pactar atenta contra del principio establecido por el TJUE de que las partes no pueden decir si la Directiva aplica o no, ya que su aplicación es automática en caso de que el supuesto de hecho cumpla con los requisitos para que la Directiva se aplique.

Ha de considerarse que la sucesión de plantillas debería aplicar o no, según se transfiera el número necesario, cuantitativo o cualitativo de recursos humanos de una empresa a otra. Esto es lo que califica para entender que hay una sucesión de entidad económica, independientemente de cual sea el motivo de dicho traspaso de personal, un convenio colectivo, un acuerdo entre partes, o porque voluntariamente haya ofertado trabajo a un número suficiente de personas, etc.

De aplicarse debería aplicarse el artículo 44 ET en toda su extensión no pudiendo limitarse. De otra forma se iría contra el espíritu de la Directiva y la jurisprudencia del TJUE e incluso de cierta forma en contra la misma del TS. Como ocurre actualmente en España ya que, aunque cumplan todos los trabajadores con todos los requisitos, y por tanto el cesionario se subroga en el contrato de trabajo de toda la plantilla, no se aplica el artículo 44 ET, se aplica las garantías que establece el convenio colectivo, no respetándose así el concepto *ope legis*. En contra de lo que el TJUE establece, que es indiferente el motivo por el que se produce la transmisión de los trabajadores (Temco).³²⁵

Determinados autores mantienen que las cláusulas de los convenios en donde se fuerza a la transmisión de los empleados que cumplan con una serie de requisitos pueden resultar beneficioso para ambas partes: a) para los empleados, porque es una forma de garantizar la estabilidad en su puesto de trabajo independientemente de quien sea la empresa que le abone la nómina o le provea con el uniforme, b) para las empresas cedentes, porque al traspasar a los empleados se aseguran que no tienen que indemnizarles al acabar la contrata y c) para los cesionarios, porque se aseguran que pueden contar con una mano de obra que conoce el servicio y el cliente, además de asegurarse que pueden contar con dicho personal sin tener que hacer ofertas ni negociar condiciones y, en el caso de que en un futuro pierdan la contrata, el personal será transferido al nuevo cedente sin coste indemnizatorio.³²⁶

325.- En este sentido el profesor RODRÍGUEZ-PIÑERO, al TJUE "le es indiferente que la decisión concreta de transmitir sea unilateral, bilateral o impuesta judicialmente. Se busca una especie de voluntad remota, un marco contractual amplio en el que se produzca la transmisión". Así para el TJCE existirá cesión contractual en "todos los supuestos de cambio en el marco de relaciones contractuales de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa". No obstante, la inexistencia de vínculo contractual no siempre debe ser menospreciada ya que, pese a su relativa importancia, para el TJCE puede constituir un indicio de que no se ha producido transmisión en el sentido de la Directiva. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial". RL, 1999, vol. I, pág. 1243

326.- GÓMEZ ARBOS, J: "La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos..." *op. últ. cit*; DAVIES, P.: "Transfers – The United Kingdom Will have to Make up its own Mind ..." *op. últ. Cit*

Este tipo de acuerdos, aunque beneficien a todas las partes, no pueden decidir si aplica el artículo 44 ET o no; podrán forzar el traspaso de empleados, pero el volumen o cualificación de los mismos deben ser lo que establezca si aplica el artículo 44 ET o no, de forma automática y a todos los efectos. De ser un volumen insuficiente para que sea de aplicación el artículo 44 ET se podría estar a lo que estableciese el convenio colectivo lo cual podría encajar también con el artículo 8 de la Directiva donde se permite la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores.

3.6.- La sucesión de activos o de bienes

Como se ha dicho (Vid supra cap III, apartado 3.3), cuando se reconoce el concepto de la continuidad de la entidad económica, está es viable en los sectores inmateriales o desmaterializados (limpieza, seguridad, etc.) que vendría a ser la sucesión de plantilla, pero también es viable en los sectores materiales, por ejemplo, el de la restauración, revisado en el asunto Sodexho por el TJUE, lo que sería una sucesión de activos o de bienes. (también asunto Adif).

Lo complicado es saber cuándo se da la continuidad de entidad económica, ya que como señala el mismo TJUE el que no haya contrato entre una empresa saliente y una entrante puede ser indicio de que no hay continuidad, pero no excluye que la haya. En el caso concreto de Sodexho no se había transferido ningún empleado, pero se utilizaban los medios que usaba el proveedor saliente, los cuales no se los queda en propiedad, ni tampoco lo eran del proveedor saliente. También es relevante la visión del Tribunal sobre la clientela, que dice, es cautiva, es decir, preparan la comida para los pacientes hospitalizados o no, los trabajadores del hospital y las visitas, además de una guardería próxima. En definitiva, el negocio jurídico que se lleve a cabo es esencial para entender si existe sucesión de entidad económica, al igual que ocurre con la transferencia amparada por el artículo 44.1 ET. Se ha de revisar caso a caso y la evaluación de los indicios para determinar si hay continuidad o no de la entidad económica lo debe llevar a cabo los órganos nacionales.³²⁷

En definitiva, la sucesión empresarial basada en una sucesión de activos o de bienes es aplicable en los supuestos donde no existe una transferencia de un título, pero hay una transmisión de unos activos o bienes que permiten seguir llevando a cabo la actividad. El sector en que es susceptible que aplique ha de ser un sector material y no es necesario que haya habido ninguna oferta de trabajo a ningún empleado de la empresa saliente, como ha ocurrido en los asuntos Sodexho y Adif. Eso si, tras reconocerse dicha sucesión de la entidad económica el cesionario se subrogara en los contratos de trabajo de los trabajadores de la misma.

Ha de recordarse que esta visión de la continuidad de la entidad económica no está contemplada por nuestra jurisprudencia nacional. Probablemente en la hipótesis anterior señalaría que sí ha habido transmisión de bienes, es decir, un empresario compra el local a otro, sería de aplicación el artículo 44 ET pero, si se trata solo de una contrata el artículo 44 ET no aplicaría³²⁸. Esto a pesar de la sentencia revisada del asunto Adif, empresa española y del principio de primacía (Vid supra cap. II apartado 2).

327.- La doctrina establecida por el TJUE manteniendo que la Directiva aplica de forma automática o no y que las partes no pueden acordar lo contrario, sigue estando vigente, no obstante, el automatismo estará basado en el resultado de los negocios jurídicos llevados a cabo, de cómo actúen las partes de cara a la entidad económica. De esta forma se podría dar la misma paradoja de la que hablábamos en la sucesión de plantilla, es decir si quiero abrir un restaurante de lujo de comida japonesa con el personal de mi confianza, evitando que se aplique de la Directiva, igual es mejor evitar establecerlo en un local donde había otro restaurante de lujo de comida japonesa que ha cerrado hace un mes, a pesar de que el precio de local sea más beneficioso porque ya incluye los medios o bienes para poder lanzar dicho restaurante.

328.- Con el perjuicio a los trabajadores del restaurante japonés, que, si cambia la contrata a pesar de continuar la entidad económica, no se ven amparados por dicho precepto en nuestro ordenamiento jurídico, mientras que sí lo estarían en el comunitario. Otro caso es el punto analizado del acuerdo de la hostelería y sus cláusulas sobre la subrogación.

3.7.- Pliegos, concursos, acuerdos privados y las reversiones

En nuestro ordenamiento jurídico tanto en el caso de los pliegos y concursos (Vid supra cap. III, apartado 2.7), así como de los acuerdos privados (Vid supra cap. III apartado 2.8) se parte del análisis de si hay título de transmisión o no, de haberlo se examinará si lo que se transmite es una UPA o no, de ser una UPA será de aplicación el artículo 44 ET, de no ser una UPA y de no haber transmisión de título no será de aplicación el artículo 44 ET.

En el caso de los pliegos, se han analizado sentencias del TS donde por un lado ha establecido que los pliegos son obligatorios para la empresa que los acepta, pero no para los trabajadores de la empresa que actualmente realizan dicha actividad (en la administración o en la empresa saliente del contrato) de esta forma se estaría ante una novación de los contratos de trabajo si los trabajadores lo aceptasen. Igualmente establece que la representación de personal no puede alterar el régimen de garantías del artículo 44 ET y que los acuerdos a los que puede llegar son acuerdos de método y no de sucesión empresarial (STS 7971/2005).

Por otro lado, en la STS 7341/2005 se mantiene que, pese a no tratarse de un supuesto de sucesión con los efectos del precepto estatuario, los derechos y obligaciones de las partes podrían asimilarse a los derivados del artículo 44 ET, dado que en el ejemplo de autos en el pliego se dice que el adjudicatario tiene la obligación de subrogarse en las condiciones legalmente establecidas del personal del primer concesionario.

Asumiendo que a través de la novación se consigue que los derechos y obligaciones sean similares a los del artículo 44 ET hay un aspecto de dicho artículo que no se da en esta fórmula y es el aspecto ope legis, la obligatoriedad para ambas partes de asumir que ha habido una sucesión empresarial, con las consecuencias que conlleva para ambas partes. Otra cuestión que queda sin resolver es que ocurriría si el adjudicatario del pliego resulta ser una empresa de un sector donde se recoge la obligatoriedad de la subrogación analizada anteriormente (Vid supra cap. III, apartado 3.5), por ejemplo, porque la Administración contrata a una empresa de limpieza, en el pliego se obliga a la adjudicataria a subrogarse en el 100 por cien de los trabajadores de la empresa saliente y a todos los efectos, mientras que siguiendo

las estipulaciones del convenio colectivo hay un 80 por ciento que cumple los criterios. Quiere esto decir que el 80 por ciento ha de pasar obligatoriamente y con las garantías que el convenio establezca y el 20 por ciento restante de forma voluntaria para el trabajador y con las garantías que establezca el pliego o por contra si el pliego es más beneficioso que el convenio debe prevalecer este para toda la plantilla, aunque unos estén obligados y otros puedan aceptar o no la novación.

A nuestro entender no es correcto ni uno ni lo otro. Lo primero que habría que analizar es si hay transmisión de título y si se trata de una UPA, si no hay transmisión de título, habría que revisar si hay una sucesión de entidad económica. Esta es la gran diferencia entre el ordenamiento jurídico nacional y el comunitario como se ha revisado anteriormente (Vis supra cap. III, apartado 3.3) ya que si se reconoce la entidad económica como la establece el TJUE entonces habría que diferenciar entre los sectores materiales y los inmateriales:

- De esta forma si es un sector inmaterial habría que ver cuántos trabajadores han de incorporarse con el cesionario, ya sea en base al convenio colectivo, al pliego o al acuerdo privado (recordemos que en el Asunto Temco el TJUE establece que el motivo por el que cesionario se subroga en los contratos de trabajo es irrelevante para la Directiva), si el número significa que el cesionario se subroga en la mayoría de los casos, entonces debería aplicar la sucesión de plantilla, debiendo subrogarse en los contratos de todos los empleados que hasta ahora estaban desempeñando su labor en la entidad económica y con todos los efectos del artículo 44 ET, ya que es de aplicación. Si por contra el número de trabajadores resulta ser minoritario, entonces aplicaría el convenio, el pliego, o lo establecido entre las partes, pudiendo haber subrogación en los casos obligados por convenio y novación en los otros.

De ser un sector material el proceso es similar analizando los activos o bienes que pasan a estar a disposición del cesionario (Vid supra cap. III, apartado 3.6).

Esta posición es igualmente válida para los casos de reversión, se ha separado para detallar que, en nuestro ordenamiento al no reconocer la entidad económica, el único análisis que se suele llevar a cabo es sobre la actividad a la que se dedica la empresa principal, para concluir si le aplica algún convenio colectivo con subrogación obligatoria o no. (Vid supra cap III, apartado 2.9.1).

En las siguientes sentencias STS 635/2017 y 533/2017³²⁹, donde se revisan el mismo tipo de situación, en concreto que la Consjería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla – La Mancha adjudicó a través de pliego la externalización del servicio de comedor escolar en el I.E.S. Universidad Laboral de Albacete, y que al finalizar el contrato de servicio la Junta decidió hacerse cargo ella misma del comedor revirtiendo tanto la actividad como todos los medios que había puesto a disposición de Serunión S.A. El TS entiende que en estos casos no se da un elemento decisivo, cual es la existencia de "transmisión de la infraestructura empresarial necesaria para el desempeño de la actividad objeto de la concesión administrativa", "dándose esta circunstancia, la subrogación opera con independencia de que se adjudique el servicio a un nuevo concesionario, o lo asuma directamente la propia Administración, e incluso cuando se acuerde por la misma su supresión teniendo la posibilidad de continuar" y al no darse la transmisión no opera la subrogación.³³⁰

329.- STS 635/2017 de 26 de enero de 2017 y 533/2017 de 26 de enero de 2017

330.- El proferos BELTRAN DE HEREDIA mantiene que, a su entender, la fundamentación de estas sentencias no está alineada con la doctrina del TJUE y, en particular, con la contenida en el caso Abler vs Sodexho (relativo, como se recordará, a una sucesión del servicio de restauración en un hospital), a mi modo de ver, el contenido de la doctrina que atesora este caso del TJUE puede irradiar otros muchos ámbitos del sector público. Aspecto que lo hace particularmente interesante. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ. I.: ¿Una reversión del servicio de comedor escolar no puede describir una sucesión de empresa? ¿Ni a la luz del caso Abler?, marzo 2017, blog del autor:

<http://ignasibeltran.com/2017/03/22/una-reversion-del-servicio-de-comedor-escolar-no-puede-describir-una-sucesion-de-empresa-ni-a-la-luz-del-caso-abler/>

CAPÍTULO IV.- CONDICIONES DE TRABAJO EN LA SUCESIÓN EMPRESARIAL

1.- ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

1.1.- Límites a la aplicación del convenio colectivo del cedente

1.1.1.- Condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo

1.1.2.- Extinción del convenio colectivo

1.1.3.- Expiración del convenio colectivo

1.1.4.- Entrada en vigor de otro convenio colectivo

1.1.5.- Entrada de aplicación de otro convenio colectivo

1.1.6.- Análisis del límite de entrada de aplicación de otro convenio colectivo en los distintos Estados miembros

1.1.7.- Límite de un año

1.2.- Matizaciones relevantes de la jurisprudencia

1.2.1.- Fecha de transmisión y responsabilidad del cesionario

1.2.2.- Cláusulas de remisión dinámica o estática.

1.2.3.- Continuidad del Derecho frente a continuidad del acuerdo.

2.- ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

2.1.- Expiración del Convenio Colectivo de origen

2.2.- Entrada en vigor de un Convenio Colectivo nuevo, de aplicación a la entidad transmitida

2.3.- Pacto establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores

2.3.1.- Antes de la reforma de 2.001

2.3.2.- Tras la reforma de 2.001

3.- DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL. VALORACION

3.1.- Efectos de que no se haya recogido la extinción en el ET

3.2.- Efectos de que no se haya recogido la entrada de aplicación de otro convenio colectivo en el ET

3.3.- Efectos que no se haya acogido a la posibilidad de limitar la aplicación de los términos y condiciones a un año en el ET

3.4.- Pacto establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores.

3.5.- Condiciones de trabajo, convenios colectivos en la sucesión empresarial y práctica del mercado

CAPÍTULO IV.- CONDICIONES DE TRABAJO EN LA SUCESIÓN EMPRESARIAL

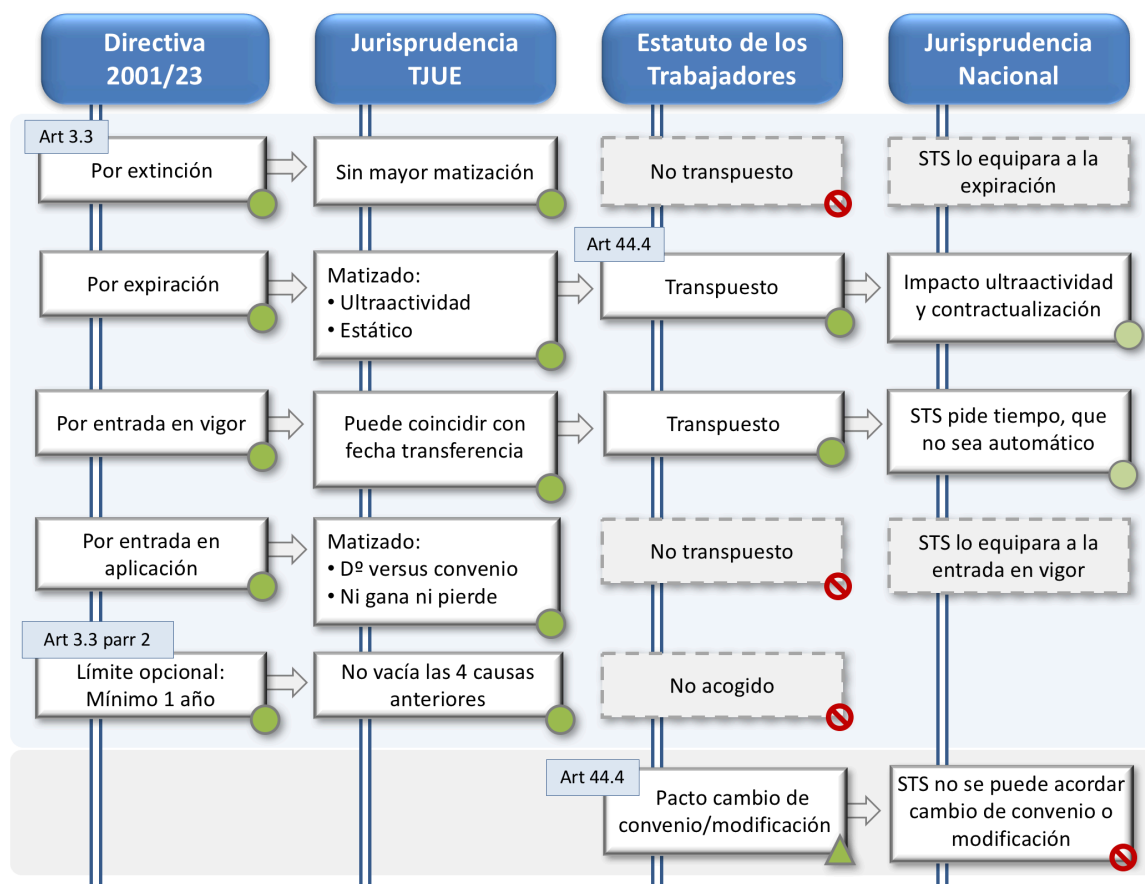
Uno de los objetivos de la Directiva, tal y como se establece en el tercer considerando de la misma, es establecer disposiciones para proteger a los trabajadores en caso de sucesión de empresa, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos. Una forma de mantener los derechos es transmitiendo la aplicabilidad del convenio colectivo y las condiciones laborales del cedente al cesionario. No obstante, se es consciente de que el convenio colectivo del cedente, dejará de ser de aplicación en un momento dado y establece distintos supuestos en los que puede tener lugar ese momento en el que el convenio del cedente deje de ser de aplicación. Contemplando de esta forma las distintas realidades que se pueden dar en una sucesión de empresa en este aspecto.

Es de vital importancia, por tanto, entender qué condiciones laborales y convenios colectivos son de aplicación cuando se da una sucesión empresarial. Es importante esclarecer las reglas que se deben emplear en cada caso, ya que en la práctica nos podremos encontrar ante situaciones en que los convenios y las condiciones que deben aplicar son los mismos³³¹, pero también nos podemos encontrar ante situaciones en las que las partes son empresas que operan en sectores distintos o zonas geográficas distintas, donde hay que revisar qué estipulaciones son las que deben entrar en juego.

A pesar de que la doctrina local, abogados ejercientes, sentencias del TS e incluso estudios de la comisión europea mantienen que la transposición de la Directiva se ha llevado de forma correcta en el caso de España, se mantendrá que, en verdad, no es así, que aunque gran parte de la Directiva sí ha sido transpuesta de forma correcta a nuestro ordenamiento jurídico, hay una parte de la misma que no se ha tenido en cuenta, ni desde un punto de vista del objetivo de la Directiva ni del literal de la misma, impactando de una forma muy relevante a las sucesiones que se dan en España, tal y como podemos ver en el siguiente cuadro resumen que se ha elaborado

331.- Por ejemplo, compraventa de empresas que se dedican a la misma actividad, en la misma zona geográfica y sin convenios ni acuerdos propios de empresa.

sobre los límites a la aplicabilidad del convenio colectivo del cedente³³²:



Donde los símbolos de cada entrada quieren decir:

● Escenarios o situaciones reconocidas por la Directiva por las que se debe llevar a cabo el cambio de convenio colectivo, validadas por el TJUE que a la hora de transponerse en el Estatuto se van reduciendo.

En el caso del movito por expiración en la jurisprudencia nacional se ha cambiado el color a un verde más suave porque la causa se puede ver impactada por la ultraactividad y la contractualización, tal y como se analizará.

En el caso de por entrada en vigor se ha dejado un verde más suave para matizar que según el TS no es viable que coincida en fecha la sucesión con la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo.

332.- Dulanto, R.: febrero 2017.

Los otros dos casos, extinción y entrada de aplicación no se han transpuesto.

El límite opcional de un año es una estipulación en la que se dejaba a los Estados miembros la libertad en la decisión de acogerse o no al mismo, España decidió no acogerse.



Medida establecida en el Estatuto de los Trabajadores para el cambio de convenio de dudosa viabilidad.

La Directiva establece cuatro supuestos que ponen fin al mantenimiento de las condiciones de trabajo (extinción, expiración, entrada en vigor de otro convenio y entrada en aplicación de otro convenio), pactadas mediante convenio colectivo. Dos de ellas no se han transpuesto al ET, siendo una de ellas, la de la “aplicación” de especial relevancia en contratos de externalización u outsourcing ya que permitiría cambiar de convenio colectivo si se cambia de sector. Además, la Directiva daba la opción a los Estados miembros de poder limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo en caso de que no se diera ninguno de los cuatro supuestos anteriores, no pudiendo ser este límite temporal inferior a un año, España decidió no acogerse a dicha limitación.

Por otro lado, parece que el ET establece la viabilidad de un pacto una vez consumada la sucesión, mediante el cual se podría acordar que la UPA afectada no se siga rigiendo por el convenio colectivo que era de aplicación en la empresa cedente, acuerdo que se establece por encima de la transposición y que hay que revisar si cabe dentro de la filosofía de la Directiva.

Por todo esto, se ha de analizar primero cómo se recogen las condiciones de trabajo en la sucesión empresarial en el ordenamiento jurídico comunitario (apartado 1); después cómo se ha traspuesto la Directiva en lo referente a las condiciones de trabajo, en nuestro ordenamiento jurídico (apartado 2); y por último analizar si existentes diferencias entre ambos ordenamientos y la valoración de las mismas (apartado 3).

1.- ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO

En el Capítulo segundo de la Directiva titulado “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores” se recogen los distintos aspectos que pueden afectar a las condiciones de trabajo de la relación laboral entre trabajador y su nuevo empleador. De esta forma en el artículo 3.3 se establece que: “Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año”.

De esta forma, como prevé dicho artículo, se debe mantener las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente:

- Hasta la fecha de extinción del convenio colectivo, o
- Hasta la fecha de expiración del convenio colectivo, o
- Hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo, o
- Hasta la entrada de aplicación de otro convenio colectivo.

1.1.- Límites a la aplicación del convenio colectivo del cedente

En este sentido, se analizará estos seis aspectos, qué podemos entender por convenio colectivo (apartado 1.1.1); las cuatro situaciones que pueden llevar a no mantener las condiciones en los mismos términos que aplicaban al cedente (apartados 1.1.2 al 1.1.5); se revisará como se recoge el límite de entrada de aplicación de otro convenio colectivo en los distintos Estados miembros (apartado 1.1.6); así como el límite del año establecido en el segundo párrafo del referenciado apartado tres. (apartado 1.1.7).

1.1.1.- Condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo

La primera pregunta que puede plantearse es a qué tipo de convenio colectivo se refiere la Directiva; convenio colectivo del sector, convenio colectivo de la empresa o a acuerdos colectivos. La versión en castellano de la Directiva no cierra del todo el concepto, quedando un poco vago, sujeto a distintas posibles interpretaciones. Sin embargo, en su versión inglesa, el texto es el siguiente: “Following the transfer, the transferee shall continue to observe the terms and conditions agreed in any collective agreement on the same terms applicable to the transferor under that agreement, until the date of termination or expiry of the collective agreement or the entry into force or application of another collective agreement.”

La diferencia que se puede observar es que en la versión en castellano se habla del “convenio colectivo” mientras que la versión inglesa habla de “any collective agreement”, lo que vendría a traducirse como “cualquier acuerdo colectivo”. Esto se puede interpretar como que se debe respetar las condiciones pactadas en cualquier acuerdo colectivo, no solo el convenio colectivo del sector en el que este la empresa de origen³³³. La sentencia del TJUE en el asunto Österreichischer Gewerkschaftsbund³³⁴ establece que el artículo 3, apartado 3, de la Directiva exige el mantenimiento de las condiciones de trabajo derivadas de un acuerdo colectivo, pero sin que el origen específico de su aplicación sea determinante.

De ello se desprende que las condiciones de trabajo pactadas mediante acuerdo colectivo están incluidas, en principio, en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 3, de la Directiva, independientemente de la técnica utilizada para hacer estas condiciones de trabajo aplicables a los interesados. A este respecto basta con que estas condiciones hayan sido pactadas por un acuerdo colectivo y vinculen efectivamente al cedente y a los trabajadores cedidos.

333.- por ejemplo, podríamos decir que los convenios extraestatutarios donde la doctrina española alguna vez se ha planteado si aplican o no, según el literal de la versión inglesa no cabría duda de que sí que aplican a los que en su día quedaron adheridos al mismo.

334.- STJUE de 11 de septiembre de 2014 Asunto Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-328/13.

1.1.2.- Extinción del convenio colectivo

Por extinción ha de entenderse la fecha en la que el convenio colectivo aplicable llega a su fin, o que el convenio o el acuerdo llega a su término total. Un ejemplo de esta situación podría ser que hubiese un acuerdo en el que a principios de año se negocia que, por unos motivos especiales ese año, los empleados van a tener tres días más de vacaciones dejando claro que es solo para ese año concreto. Si hay un traspaso de trabajadores, este acuerdo debería pasar al nuevo empleador y el acuerdo se extinguiría al terminarse el año, tal y como estaba previsto.

1.1.3.- Expiración del convenio colectivo

Por expiración ha de entenderse la fecha en la que está previsto que el convenio colectivo deje de estar vigente, es la fecha en la debería renovarse. La importancia de este punto es que, llegada la fecha en la que debería perder su vigencia, ésta, aunque en principio se pierda, el convenio no muere, sigue teniendo, de cierta forma, validez porque ninguna parte lo ha denunciado o incluso cuando se ha denunciado las partes todavía no han alcanzado un acuerdo para sustituirlo por otro convenio, entrando en juego la ultraactividad. Llegando a su expiración cuando es sustituido por otro convenio colectivo.

Sobre la untraactividad también se pronuncia el TJUE en el asunto *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, aclarando que la Directiva no tiene por objeto mantener la aplicación de un convenio colectivo como tal, sino las condiciones de trabajo pactadas en él. La Directiva exige el mantenimiento de las condiciones de trabajo derivadas de un convenio colectivo, pero ello, sin que el origen específico de su aplicación sea determinante, basta con que estas condiciones hayan sido pactadas por un acuerdo colectivo y vinculen efectivamente al cedente y a los trabajadores cedidos en el momento de la transferencia. Por consiguiente, las condiciones de trabajo reguladas en un convenio colectivo no pueden considerarse excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva por el mero hecho de que se apliquen en virtud de una norma de ultraactividad de un convenio colectivo.

Esto es así, siempre que la legislación nacional permita que, aunque se haya denunciado un convenio, este mantiene sus efectos sobre las relaciones de trabajo cuya regulación se contiene en el mismo, en la medida en que estas relaciones de trabajo no estén sometidas a un nuevo convenio colectivo, o no se llegue a un nuevo acuerdo con los trabajadores. Así, las condiciones pactadas en convenio deben ser transferidas al cesionario ya que serían de aplicación al cedente. Ello es así porque el objetivo perseguido por la Directiva consiste en impedir que los trabajadores afectados se encuentren en una situación menos favorable a causa de la transmisión, como se prevé igualmente en la sentencia Ivana Scattolon.³³⁵

Se ha dicho que la ultraactividad y la sentencia Alemo Herron³³⁶ por la que se establece que la referencia al convenio del cedente debe ser estática en vez de dinámica, en principio no debería aplicar en España³³⁷. No obstante, ha de considerarse, por el contrario, que puede tener un impacto en nuestro ordenamiento jurídico³³⁸. Ello porque ha de entenderse que los acuerdos posteriores a la fecha de la transferencia no deben ser de aplicación a los empleados que ya no están en la empresa cedente, salvo que el nuevo empleador sea también parte del mismo sector (por lo que en la transferencia tampoco tendría relevancia en los convenios en sí) ya que el nuevo empleador estaría representado por la parte patronal que negocie el convenio o acuerdos de actualización salarial.

La expiración podría entenderse que es un proceso en dos fases: en la primera, el grupo de trabajadores afectado por la sucesión empresarial mantiene la aplicación del convenio colectivo que estaba vigente antes de la transmisión, en la segunda

335.- STJUE de 6 de septiembre de 2011, Asunto Ivana Scattolon, C-108/10

336.- STJUE de 18 de julio de 2013, Asunto Mark Alemo-Herron y otros, C-426/11.

337.- MARTÍN VALVERDE, A.: "Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking" *XXIIInd Meeting of European Labour Court Judges*, Dublin, septiembre 2014

338.- Por ejemplo, en el supuesto en el que se esté (tanto en periodo de vigencia del convenio tras la sucesión empresarial, como en periodo de ultraactividad en el convenio en la fecha de transmisión), no se incluía un acuerdo sobre la actualización salarial posterior al traspaso de empleados

fase, este convenio termina, siendo de aplicación en el cesionario. Una pregunta que surge es la relativa a que ocurre si este proceso de dos fases se da en una única fase.

En el asunto *Mirja Juuri*³³⁹ se repasa el alcance del artículo 3, apartado 3, de la Directiva en este sentido, pues el órgano jurisdiccional nacional pregunta sobre el comportamiento del cesionario habida cuenta de que éste sólo respetó el convenio colectivo de la industria metalúrgica hasta la fecha de su expiración, que coincidió con la de la transmisión de la empresa.

En este asunto se trataba de la finalización de un contrato que también coincidía con la sucesión empresarial y el impacto que causaba al trabajador el cambiar de convenio colectivo, reconociendo que dicho cambio de convenio colectivo era correcto. Eso sí, el órgano jurisdiccional nacional, en el marco de sus competencias, deberá garantizar al menos que, en tal supuesto, el cesionario soporte las consecuencias que el Derecho nacional aplicable asigna a la rescisión del contrato de trabajo o de la relación de trabajo imputables al empresario, como el pago del salario y de otras ventajas correspondientes, en virtud de ese Derecho, al período de preaviso que dicho empresario debe respetar.

1.1.4.- Entrada en vigor de otro convenio colectivo

Otro límite a la aplicación del convenio colectivo del cedente es la fecha en la pierde su vigencia porque entra en juego un nuevo convenio colectivo en la nueva empresa. Esto es, un convenio se sustituye por otro sin que entre en juego ninguna otra variable. Igualmente, que, en el caso de la extinción, podría entenderse que es un proceso en dos fases: en la primera, el grupo de trabajadores afectado por la sucesión empresarial mantiene la aplicación del convenio colectivo que estaba vigente antes de la transmisión, en la segunda fase, se negocia y publica un nuevo convenio, siendo de aplicación en el cesionario. Esta circunstancia se daría, por ejemplo, en convenios colectivos de empresas; si hay un nuevo convenio que es de aplicación a toda la empresa, no solo al grupo de personas que fue parte de la

339.- STJUE de 27 de noviembre de 2008, Asunto *Mirja Juuri*, C-396/07

sucesión empresarial, sino al conjunto de todos los trabajadores de la empresa, el convenio del cedente dejaría de ser aplicable. Se puede plantear la misma pregunta sobre qué ocurre en el supuesto que los dos pasos coincidan en fecha, es decir, que la fecha de la transmisión coincida con la de entrada en vigor de un convenio colectivo. En el asunto Enes Deveci³⁴⁰, se establece que la Directiva debe interpretarse en el sentido de se mantiene la persistencia de las condiciones establecidas en el convenio colectivo del cedente siempre que esas relaciones laborales no se sometan a un nuevo convenio colectivo. La Directiva no impide que el cesionario aplique a los trabajadores traspasados el convenio colectivo dos meses después del traspaso si dicho convenio colectivo resulta aplicable con arreglo a la legislación nacional. Se habla de dos meses por que en el caso concreto fue el tiempo que transcurrió, no obstante, se entiende como dice la sentencia que, si acorde a la legislación nacional cabe que aplique un convenio colectivo nuevo antes, entonces podría resultar de aplicación.

1.1.5.- Entrada de aplicación de otro convenio colectivo

Se puede dar la circunstancia de que deba aplicar otro convenio colectivo, poniendo límite al convenio colectivo del cedente, no porque haya un nuevo convenio colectivo en el sector, sino porque, por ejemplo, se cambia de sector. Es decir, los empleados de la empresa cedente A con el convenio de oficinas y despachos son parte de la entidad económica transmitida a la empresa cesionaria B que se rige por el convenio de telemarketing que prevé ciertas garantías para los trabajadores en caso de cambio de contrata. El convenio que aplicaría de forma automática es el de la empresa B, telemarketing.

En el asunto Ivana Scattolon, el Abogado General, Yves Bot mantiene la siguiente postura: cuando se transfieren empleados de una empresa a otra donde es de aplicación otro convenio colectivo por tratarse de otro sector, el que debe de aplicar, de forma automática, es de la empresa cesionaria. Es plenamente conforme con la

340.- STJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto Enes Deveci y otros, E-10/14

Directiva que el personal transferido, se encontrara desde la fecha de la transferencia, dentro del ámbito de aplicación del CCNL de escuelas, y sujeto por consiguiente a las condiciones y las modalidades de cálculo de la retribución aplicables al personal del Estado. Así pues, el personal transferido no podía ya invocar las ventajas que le concedía el CCNL del personal de las entidades locales, y en particular los derechos pecuniarios atribuidos por ese convenio, que era el de la empresa cedente. De esta forma, el personal transferido ya no puede invocar ante el cesionario el beneficio de una prima que hubiera previsto el convenio colectivo anteriormente aplicable en la empresa del cedente. La composición y las modalidades de cálculo del salario después de la transferencia están regidas únicamente por el nuevo convenio colectivo aplicable en la empresa del cesionario. Esta postura esta refrendada por el TJUE en la sentencia de dicho asunto ya que según se mantiene, la interpretación de la Directiva no puede referirse únicamente al artículo 3, apartado 1 (“mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo”), sino que debe tener en cuenta el apartado 2 del mismo artículo, pues esa última disposición prevé en particular el supuesto de que termine la aplicación del convenio vigente en el cedente y comience a aplicarse el convenio en vigor en el cesionario³⁴¹.

En cuanto a la fecha de aplicación de otro convenio colectivo, debe entenderse en el sentido de que el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa, incluidas las referidas a la retribución, si pertenece a otro sector. No obstante, la Directiva reconoce un margen de actuación que permite al cesionario y a las demás partes contratantes organizar la integración salarial de los trabajadores transferidos de manera que ésta se adapte debidamente a las circunstancias de la transmisión realizada. Ello no obsta a que las modalidades elegidas deben ser conformes con el objetivo de la Directiva. Como el TJUE ha afirmado reiteradamente, ese objetivo consiste en esencia en impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión.

341.- BOT. Y.: Conclusiones como Abogado General, presentadas el 5 de abril 2011. Asunto C-108/10. Ivana Scattolon.

Otra de las cuestiones de interpretación que pueden plantearse al analizar este concepto de aplicación es la relativa a la posibilidad que establece la Directiva de establecer un límite anual al convenio colectivo del cedente, y si este tipo de aplicación automática es viable mientras que la Directiva en el segundo párrafo del artículo 3.3 establece que se puede “limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año” (Vid infra cap. IV, apartado 1.1.7). El TJUE ha precisado que esta regla prevista en la Directiva (la que hace referencia al límite de un año) no puede vaciar de contenido el párrafo primero del mismo apartado. Ese párrafo segundo no impide, por tanto, que las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo que eran de aplicación al personal afectado antes de la transmisión dejen de ser aplicables incluso inmediatamente, en la fecha de ésta, si se produce alguna de las situaciones previstas en el párrafo primero del mismo apartado, es decir, la expiración o la extinción del citado convenio colectivo, o la entrada en vigor o aplicación de un nuevo convenio colectivo.

Podría cuestionarse en este punto, la razón por la que se da la opción a los Estados miembros de poner un límite a algo que por su naturaleza debe cambiar de forma automática con la transmisión el mismo día que esta tiene lugar, ya que esto colisiona conceptualmente, pero no más que en el ejemplo usado en el punto sobre la extinción de este capítulo, donde decíamos que si hay un acuerdo para tener tres días más de vacaciones en un año concreto natural y la sucesión tiene lugar en noviembre, porque esta ocurra quedándole poco más de un mes al año, el acuerdo no se prorroga, muere, se extingue al fin del mes siguiente, cuando acabe el año natural, es decir, el acuerdo ha estado vigente un mes y los días de noviembre tras la transmisión, tampoco se llega al límite del año establecido en la Directiva. Otra hipótesis podría ser que tras la transferencia se pudiese promover un cambio de sector o participación en una patronal que conllevará otro convenio colectivo, algo que como veremos podría ser viable en algún Estado miembro.

La aplicación de un convenio distinto al que se tenía en la empresa de origen, por el mero hecho de cambiar de empleador es un aspecto muy relevante para los negocios jurídicos que ocurren en el mercado, las potenciales adquisiciones y sobre todo los posibles contratos de outsourcing o externalizaciones de actividad, donde lo que

suele ocurrir es que la empresa cedente vende parte de su propia empresa a otra empresa especializada en la actividad que llevara dicha actividad como un servicio, a cambio de convertirse en proveedor de la cedente durante un tiempo fijo.

El hecho de que el convenio colectivo del cesionario sea de aplicación o no, debería ser un hecho, ajeno a si en una situación dada dicha aplicación es más beneficiosa para el empleado o para el empleador, ya que el hecho de tener “congeladas” las condiciones de la “pre-transferencia” por parte del empleado, no siempre quiere decir que sea lo más beneficioso para el mismo, ya que si por ejemplo en una externalización se cambia de sector, parece que lo mejor es que las condiciones estén en armonía a ese nuevo mercado en concreto, a lo que la patronal y los sindicatos más relevantes para ese sector han acordado. Estando así los empleados en sintonía con sus homólogos de compañías similares, con las mismas garantías, siendo más competitivo y puede que hasta con más viabilidad como empresa.

En definitiva, y como así mantiene algún autor, el límite de la aplicación de otro convenio colectivo significa que cuando se aplica otro convenio colectivo en la empresa del cesionario, ese convenio reemplaza inmediatamente al convenio de igual nivel que regía inicialmente en la empresa transmitida.³⁴² Este límite que establece la Directiva a la aplicación del convenio del cedente en base a la entrada de un convenio por aplicación, no es viable en España ya que ni siquiera se recoge en el Estatuto de los Trabajadores y el Supremo lo equipara a la entrada en vigor por un nuevo convenio colectivo. (Vid infra cap. IV, apartado 3.2)

1.1.6.- Análisis del límite de entrada de aplicación de otro convenio colectivo en los distintos Estados miembros

En este punto se va a tratar³⁴³: A) como se regula el concepto de entrada de aplicación en los distintos Estados miembros³⁴⁴ concepto por el que se limitaría la aplicación del convenio colectivo del cedente, pasando a ser el convenio colectivo

342.- MOIZARD, N.: “Droit social de l’Union européenne”, *Jurisclasseur Europe*, 2010, fascículo 607

del cesionario el convenio de aplicación para los empleados traspasados, de forma automática y desde el momento en el que son transferidos, y B) Resumen y valoración del concepto de “aplicación”:

A) Regulación del concepto de entrada de aplicación en los distintos Estados miembro por orden alfabético

1) Alemania:

Se establece que, en caso de sucesiones, si una empresa o parte de una empresa pasa a otro propietario por una transacción legal, el cesionario sucede al cedente en los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral existente en la fecha de transición. Cuando estos derechos y obligaciones están regidos por las disposiciones de un convenio colectivo o un acuerdo de empresa, los mismos se consideran parte

343.- La entrada de aplicación de otro convenio colectivo es de alta relevancia, sobre todo cuando se analiza la transposición de la Directiva a la legislación española, por lo que parece pertinente el analizar no solo las STJUE y la doctrina comunitaria, sino también cómo se ha recogido la aplicabilidad en los distintos Estados miembros, revisando si se ha plasmado esta posibilidad de aplicar el convenio vigente en la empresa cesionaria de forma automática al momento de la transferencia de los empleados, siempre que este convenio sea de distinto sector al que aplicaba en la empresa cedente. Ya que la idea de la Directiva es reducir las diferencias en la protección de los trabajadores en los distintos estados cuando hay una sucesión, y que además que tales diferencias pueden tener una incidencia directa sobre el funcionamiento del mercado común, tal y como se mencionaba en los considerandos de la Directiva 77/187, intentando de esta forma la aproximación de las legislaciones en la materia.

344.- El análisis de cómo se regula el concepto de “*entrada de aplicación de otro convenio colectivo*” en los distintos Estados miembros es un tanto complejo, no solo por los distintos idiomas y la diferencia en algunos de los conceptos laborales en cada uno de ellos, sino porque además la pregunta de si la “aplicación” supone la posibilidad de aplicar el convenio vigente en la empresa cesionaria de forma automática al momento de la transferencia de los empleados, siempre que este convenio sea de distinto sector al que aplicaba en la empresa cedente, es técnica, muy concreta, por lo que solo se suele afrontar cuando ha habido algún caso real por el que se ha tenido que examinar la cuestión.

de la relación laboral entre el nuevo propietario y el trabajador y no podrán ser modificados en perjuicio del empleado antes de un año desde la fecha de transición.

No obstante, lo anterior no sería de aplicación si los derechos y obligaciones del nuevo empleador estuvieran regulados por las disposiciones de un convenio colectivo diferente o por otro convenio de empresa³⁴⁵.

En Alemania, si las condiciones de la relación laboral están sujetas a un convenio colectivo (Tarifvertrag) o a un acuerdo laboral (Betriebsvereinbarung) el cesionario quedaría obligado por lo dispuesto en el mismo pues este pasaría a ser parte del acuerdo individual entre el empleado y el nuevo empleador. Ello salvo que el nuevo empleador estuviera sujeto a un convenio que regulara los derechos de los trabajadores, ya que quedarían bajo la protección de este último. Es decir, que en caso de que el nuevo empleador estuviera bajo el ámbito de aplicación de un convenio colectivo, éste sería de aplicación de forma automática.

De esta forma, alguna autora nacional ha analizado la situación alemana y la explica con el ejemplo de una escisión parcial (Abspaltung) de una fracción de centro de trabajo (Betriebssteil), en la que en virtud del traspaso por segregación se transfiere una cafetería-restaurant que estaba integrada dentro del ámbito y dirección de unos grandes almacenes, al cesionario para incorporarla a su cadena de restaurantes, la conclusión es que para el conjunto de trabajadores de la cafetería-restaurant cesa la aplicación del convenio de comercio al por menor, que estaba en vigor para los trabajadores de los grandes almacenes, quedando entonces vinculados, como consecuencia de su incorporación a una cadena de restaurantes, al convenio colectivo de la hostelería vigente para dicha rama de producción.³⁴⁶

345.- Alemania es miembro fundador de la Unión Europea en 1958, y anteriormente de la CECA, Alemania tiene transpuesta la Directiva en la sección 613a del Código Civil Alemán (BGB). Para las fusiones y segregaciones habría que estar también a la sección 324 del “Acta de transformación alemana” (UmwG). Los Derechos de los comités de empresa se recogen en la sección 111 y siguientes del “Acta de la Constitución laboral” (BetrVG). Los derechos por su parte del comité económico quedan establecidos en la sección 106 y siguientes del mismo “BetrVG”. También cabe reseñar los derechos de los representantes de la sección 32 del “Acta de representantes” (SprAuG)

Por otro lado, se mantiene que el 613^a inciso 3º BGB solo se podrán desplazar aquellos términos en los que, comparando la norma en litigio, se concluya que, efectivamente, versan sobre un contenido normativo idéntico, hasta el punto de que si, por ejemplo, al antiguo convenio prevé un salario anual de dieciocho mensualidades y el nuevo doce, el trabajador percibirá tan solo esas doce mensualidades, hora bien, si el convenio colectivo vigente para el cesionario no hiciera ninguna referencia sobre el citado aspecto, es decir, no existiera igualdad material, no procederá desplazamiento de la norma, por lo que el trabajador continuaría recibiendo el salario de las dieciocho mensualidades. Es decir, el convenio colectivo del cesionario es el de aplicación, no obstante, el del cedente queda latente pudiendo incluso aplicarse para aspectos que se recogían en él y que no se mencionan en el convenio del cesionario.³⁴⁷

346.- CRISTÓBAL RONCERO, M^a del R.: *Los derechos de los Trabajadores en la Transmisión de empresas – Estudio del ordenamiento jurídico alemán*. Servicio de publicaciones Universidad Complutense facultad de Derecho, Madrid, 1999, pág 282

347.- KITTNER, M – TRITTIN, W.: “Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis 3”. Aufl. Köln 1997; KANIA, T.: “Tarifeinheit bei Betriebsübergang?”, DB 1994.; HROMADKA, W.: “Tarifvertrag und Arbeitsvertrag bei der Ausgründ von Betriebsteilen”, DB 1996; ERMANN, W.: “Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9 Aufl., Münster 1993; ZÖLLNER, W.: “Veränderung und Angleich tarifvertraglich geregelter Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang”, DB 1995.

En el mismo sentido, SARGEANT, M. para la Human European Consultancy en colaboración con Middlesex University Business School.: *Implementation Report, Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees’ rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, junio 2007. Según la Comisión⁵⁶, la aplicación en Alemania el contenido de los convenios colectivos y acuerdos laborales están protegidos por un periodo de un año desde la transferencia y no se pueden cambiar en perjuicio de los empleados durante ese tiempo. Lo cual como hemos visto es cierto, no obstante, también es cierto que, si en la empresa cesionaria es de aplicación otro convenio colectivo, este será el que esté vigente, entendiendo que el nuevo convenio también protege a los empleados.

Igualmente, KLIEMT y VOLLSTÄDT.: “Transfers of Undertakings and protection of employment-Alemania” *Ius Laboris Guide*. - abril 2013; EYLERT, M. y SCHINZ, R.: “Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking”. *XXIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin

2) Austria:

En la legislación austriaca³⁴⁸ se prevé que después de la sucesión, el cesionario deberá mantener las condiciones de trabajo acordadas en los convenios colectivos hasta que se dé la extinción o de expiración de estos mismos, o la entrada en vigor o la aplicación de otro convenio colectivo del mismo nivel. En caso en que se modifique el convenio colectivo como resultado de la transmisión, los empleados transferidos no verán modificadas algunas concretas condiciones de trabajo, (retribución, horario de trabajo si es normal y antigüedad).

En Austria sería de aplicación el convenio colectivo vigente para el nuevo empleador, el del cesionario, exceptuando aspectos como la retribución y otros aspectos en los que prevalecería la aplicación del convenio de origen, si este resulta más beneficioso para los trabajadores. De no existir convenio colectivo aplicable a la empresa cesionaria, sería de aplicación el convenio colectivo de la cedente. Sin embargo, cualquier disposición más ventajosa del antiguo convenio colectivo sobre la remuneración, quedarían exentos y el antiguo convenio colectivo debe seguir aplicándose en relación a dichas disposiciones. Transcurrido un año las condiciones individuales de trabajo podrían ser modificados por mutuo acuerdo.³⁴⁹

348.- Adhiriéndose a la unión europea en 1995, recoge las guías establecidas en la Directiva en las secciones del 3 al 6 del acta de armonización del Derecho del trabajo²⁵⁶.

349.- SARGEANT, M. para la "Human European..." *op. ult. cit* La Comisión europea ha señalado que los términos y condiciones de un convenio colectivo continuarán siendo observados después de la transferencia hasta su vencimiento o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo y además se señala que existe un límite de un año durante el cual los términos y condiciones no se pueden modificar en detrimento de los empleados. Si el cesionario no tiene un convenio colectivo, el requisito es el de continuar observando las condiciones por un período de un año o hasta que un nuevo acuerdo es alcanzado. Si tanto el cedente y el cesionario tienen convenios colectivos, entonces no se producen cambios. Los establecimientos o partes de empresas que participan dejan de existir en su forma original. Los convenios colectivos y acuerdos de empresa de la empresa absorbida, en externalizaciones, dejan de existir, y únicamente serán válidos en la medida en que se refieran a materias que no están reguladas por los convenios de empresa de la empresa absorbente.

En el mismo sentido, KUNZ SCHIMA WALLENTIN.: "Transfers of Undertakings and protection of employment - Austria" *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

3) Bélgica:

En Bélgica,³⁵⁰ como regla general se mantiene el convenio del cedente de forma estática, no obstante, si hay un cambio de sector, se plantean dudas sobre qué convenio colectivo debe ser el que esté vigente. Desde un punto de vista tradicional podría señalarse que hay que mantener el del cedente, pero son cada vez más las voces que dicen que tiene que aplicarse el del nuevo empleador.³⁵¹

El cesionario debe respetar los acuerdos colectivos vigentes, Así el cedente quedaría obligado por lo dispuesto en los mismo hasta su expiración. Existen tres tipos de acuerdos colectivos:

- 1.- Convenios Colectivos de ámbito nacional por el que se rige todo el sector privado y la transferencia por lo tanto no tendría ningún impacto.
- 2.- Acuerdos sectoriales a nivel de industria que continuaría siendo de aplicación si, tanto el cedente y el cesionario, pertenecen al mismo sector de la industria. En caso contrario, el cesionario sólo estaría vinculado por los

350.- Siendo uno de los miembros fundadores de la Unión Europea en 1958, y anteriormente de la CEEA recoge la Directiva en el Convenio Colectivo de Trabajo N° 32 D 13 de marzo de 2002 que surgió del Consejo Nacional del Trabajo y que modifica el Convenio Colectivo de Trabajo n ° 32 bis de 7 de junio de 1985.

351.- PECINOVSKY, P.: "Comparative Labor Law Dossier, succession and transfer of business" *IUSLabor 1/2015*, KU Leuven Belgica, 2015; CLAEYS-ENGEL.: "Transfers of Undertakings and protection of employment" *Ius Laboris Guide*. - abril 2013; SARGEANT, M. para la Human European... *op. últ. cit*

Por su parte el magistrado MESTDAGH: "Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking" - Belgica. *XXIIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin ha mantenido que, si el cedente está obligado por un convenio, el cesionario quedará vinculado por dicho convenio en su relación con los trabajadores transferidos, incluso si en la relación con sus propios empleados está sujeto a otro convenio colectivo. No obstante, esta doctrina también dice en caso en el que el cedente entrarse en una nueva asociación patronal, sería de aplicación el convenio de esta misma si es más beneficioso que el del cedente. En definitiva, si hay un cambio de sector que significa que el cedente y el cesionario se rigen por distintos convenios, podría prevalecer el del cesionario.

acuerdos de su propia industria, según una minoría de la doctrina, los empleados podrían beneficiarse de los acuerdos alcanzados en ambas industrias.

3.- Acuerdos de ámbito empresarial, por los que obligarían al cesionario de la misma manera que al cedente. Por lo tanto, si en el acuerdo se fija un plazo, automáticamente dejaría de tener efecto a la llegada del mismo. Si es de duración indefinida, el cesionario tendría derecho a dar aviso para que termine. El cesionario también puede negociar un nuevo acuerdo para sustituir o modificar el existente.

4) Bulgaria:

En la legislación búlgara³⁵² se establece que, en las sucesiones, los derechos y obligaciones del empresario cedente, antes del cambio de empleador, serán de aplicación al nuevo empleador en la fecha del cambio. Las obligaciones con el empleado que se hayan producido antes de que el cambio, serán observadas conjuntamente por los dos empleadores.

Bulgaria es uno de los Estados miembros donde incluso en los análisis llevados a cabo a través de la Comisión Europea se dice que la Directiva se ha transpuesto de forma correcta en general, pero en verdad no se entra en cómo afecta a los convenios colectivos.³⁵³

352.- Incorporada a la Unión Europea en 2007, ha reflejado la Directiva en Art 123 y 123a del código del trabajo

353.- MILIEU Ltd: "Implementation Report for Bulgaria Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses" - Para la comisión europea, Bruselas 2009; The CMS Employment and Pensions Group: "Guide to Employment Issues in an M & A Transaction", CMS Legal Services EEIG (July 2014)" - DSB, julio 2014

5) Chipre:

En Chipre³⁵⁴ se prevé que los derechos y obligaciones derivados de un contrato de trabajo, o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión deberán transferirse del cedente al cesionario:

El cedente y el cesionario pueden acordar que después de la fecha de la transferencia, continuarán siendo solidariamente responsables con respecto a las obligaciones nacidas antes de la sucesión³⁵⁵.

Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, o hasta la fecha de la terminación o expiración del convenio colectivo, o hasta la entrada en vigor, o la aplicación de otro convenio colectivo. Los términos y condiciones de empleo acordadas existentes se conservarán durante un período mínimo de un año.

Se ha dicho que después de la transferencia, el cesionario ha de mantener las condiciones de trabajo que se han acordado en un convenio colectivo por el cedente, para el resto del tiempo de vigencia del convenio colectivo. Este tendrá una duración mínima de un año. Las condiciones se pueden modificar desde entonces, de común acuerdo entre el trabajador y el cesionario.

En definitiva, la Directiva se ha transpuesto, incluyendo la posibilidad del límite de un año. No obstante, no parece que la problemática del cambio automático de convenio por pasar de un sector a otro haya planteado problemas en la práctica. En todo caso como recoge en el informe de la comisión este podría aplicar si es más beneficioso.

354.- Se incorporó a la Unión Europea en 2004 y ha recogido la Directiva en la Ley de protección y salvaguarda de los Derechos de los empleados en caso de transferencia de un negocio, centro o partes del negocio con sus pertinentes modificaciones. También es relevante la Ley de terminación de los contratos de trabajo de 1967, con sus modificaciones.

355.- GEORGIU, G.: Transfers of Undertakings and protection of employment"- Grecia. *Ius Laboris Guide*. - abril 2013. Sargeant, M. para la Human European... *op. últ. cit*

6) Croacia:

En el caso de Croacia³⁵⁶, se establece que, en los supuestos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o empresas, que conservan su integridad económica, como resultado del cambio de estatus o de un acto jurídico, todos los contratos de los trabajadores empleados por la empresa o parte de empresa que se transfieren, o de los que están conectados con el negocio o parte del negocio a ser transferido, deben ser objeto de subrogación por parte del nuevo empleador.

El cesionario que se subroga en la posición contractual del antiguo empleador deberá mantener todos los derechos del trabajador derivados de la relación laboral anterior y deberá asumir todas las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo transferidos en forma inalterada y con el pertinente alcance, a partir de la fecha de la transferencia. Cuando en la empresa cedente sea de aplicación un convenio colectivo basado en la actividad que desarrolla, este convenio seguirá siendo de aplicación a los trabajadores por lo menos un año.³⁵⁷

7) Dinamarca:

En Dinamarca³⁵⁸ cuando se produce la sucesión de una empresa o una parte de la misma, el adquirente se subroga inmediatamente en los derechos y obligaciones que regían en el cedente a la fecha de adquisición en virtud de: 1) convenio colectivo y acuerdos; 2) las normas sobre salarios y condiciones de trabajo prescritas o aprobadas por la autoridad pública; y 3) un acuerdo individual sobre los salarios y las condiciones de trabajo.

356- Croacia Incorporada a la Unión Europea en 2013, recoge la Directiva en el Art 137 del Acta del Trabajo

357.- The CMS Employment and Pensions Group: "Guide to Employment..." *op. últ. Cit*

358.- Dinamarca se incorporó a la Unión Europea en 1973, establece la legislación emanada de la Directiva en el Acta Nº 111 de 21 de marzo de 1979, habiendo sido modificada por el Acta Nº 441 de 7 de junio de 2001 y por el Acta de consolidación Nº 710 de 20 de agosto de 2002 sobre los Derechos de los trabajadores en situaciones de transferencias de empresa.

No obstante, la entidad adquirente podría notificar al sindicato que no desea adherirse al convenio colectivo. De lo contrario, se consideraría que el adquirente se adhiere al convenio colectivo del cedente.³⁵⁹

Si el cesionario no se adhiriese al convenio, porque ya tiene un convenio colectivo de aplicación, los empleados afectados tendrían derecho a través de su asociación a solicitar negociaciones con la dirección de la empresa sobre los salarios y el empleo. No obstante, se seguirán aplicando los derechos individuales de los empleados en el marco del acuerdo colectivo anterior. Para desvincularse de esos derechos, se debe dar aviso que estos derechos terminan al mismo tiempo en el que el convenio colectivo termine.³⁶⁰

En definitiva, Dinamarca es uno de los Estados miembros que en principio mantiene el convenio colectivo que aplicaba en el cedente, pero permite que el nuevo empleador se desvincule del mismo con una notificación a los representantes de los trabajadores dentro del plazo establecido. Además, también pueden llegarse a un acuerdo con los representantes.

359.- Así, la entidad adquirente, dentro del plazo de 5 semanas después de la fecha en que hubiera conocido que los empleados de la compañía cedente estaban cubiertos por un convenio colectivo, pero no antes de 3 semanas después de adquisición, podrá notificar al sindicato si no desea adherirse al convenio colectivo

360.- La magistrada SCHARLING, J.: *Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking* – Dinamarca, *XXIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin, responde ante la pregunta de si se pueden cambiar los términos del convenio colectivo transferido legalmente, que si se puede cambiar de forma inmediata después de la transferencia siempre que al cesionario no le sea de aplicación el colectivo del cedente.

En este sentido, VINDING. N.: *“Transfers of Undertakings and protection of employment”* – Dinamarca *Ius Laboris Guide*. - abril 2013; y SARGEANT, M. para la *“Human European...” op. últ. cit*

8) Eslovaquia:

En la normativa de Eslovaquia³⁶¹ se establece que, si hay un nuevo empleador a causa de una sucesión legal, los derechos y obligaciones que rigen las relaciones laborales serán de aplicación al cesionario hasta la finalización de su vigencia.

Hay autores que mantienen que a pesar de que el cesionario debería observar las disposiciones de cualquier convenio colectivo del cedente, y que estos convenios colectivos serían vinculantes para el cesionario, no pudiendo ser modificados unilateralmente por el cesionario, si cabría que ambas partes contratantes llegaran a acordar modificaciones.³⁶²

9) Eslovenia:

En Eslovenia³⁶³ se prevé que, si se da una transferencia legal de una empresa o parte de una empresa, derechos y obligaciones que se derivan de la relación laboral en base al contrato de trabajo u otros medios que tenían los trabajadores, se traspasan en el mismo día de la sucesión, del empleador cedente al cesionario.

361.- Eslovaquia se incorporó a la Unión Europea en 2004 recoge la Directiva en el Código de Trabajo, en su punto 27 y siguientes.

362.- La comisión ha señalado que en el código de trabajo se establece la obligación de que el cesionario observe un colectivo convenio acordado por el cedente hasta la fecha en que expira el contrato, pero que, respecto a los acuerdos alcanzados por los empleadores y los comités de empresa o representantes de los trabajadores, podría plantearse que no había obligación de transferirlos, en contra de lo que ocurre con los convenios o acuerdos alcanzados con los sindicatos, ello porque únicamente los sindicatos competentes tienen el derecho de negociación colectiva que conllevaría a los convenios colectivos. SARGEANT, M. para la "Human European..." *op. ult. cit*

En este sentido, SKUBAL, J., VARGA, P.: "Transfers of Undertakings and protection of employment"- Eslovaquia, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

363.- Eslovenia, adherida a la Unión Europea en 2004, refleja las estipulaciones de la Directiva en acta de relaciones de trabajo.

Los derechos y obligaciones previstos en el convenio colectivo que sea de aplicación en la empresa cedente, deben ser mantenidos por el adquirente durante al menos un año, salvo que el convenio colectivo finalice antes del vencimiento de un año; o si, antes de la expiración de un año, se ha negociado un nuevo convenio colectivo.

En la práctica, en Eslovenia el nuevo empleador podría cambiar de asociación y, por tanto, de convenio colectivo como mantienen algunos autores.³⁶⁴

10) Estonia:

La normativa en Estonia³⁶⁵ relativa a la sucesión de empresas prevé que la empresa cesionaria, al hacerse cargo de los bienes y derechos pertenecientes a una empresa o parte de una empresa, se subroga en todas las obligaciones del cedente relacionados con la empresa, incluidas las obligaciones contractuales con respecto a los empleados.³⁶⁶

364.- BLAHA, M.: "Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking" - Eslovenia. *XXIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin

Por su parte la comisión defiende que los convenios colectivos se mantienen por lo menos un año al no ser que el convenio termine o se llegue a un nuevo convenio antes. SARGEANT, M. para la "Human European..." *op. ult. cit*

365.- Estonia, incorporada a la Unión Europea en 2004 recoge las disposiciones de la Directiva en los artículos 180 al 185 del Acta 1 - Ley de Obligaciones.

366.- La comisión mantiene que, en el supuesto de Estonia, los convenios colectivos del cedente deben ser respetados por el cesionario sin límite de tiempo establecido. SARGEANT, M. para la Human European..." *op. ult. cit*

11) Finlandia:

En Finlandia³⁶⁷, la sucesión empresarial conlleva que el empresario cesionario se subrogue en la posición contractual del cedente en el momento en que dicha transmisión se produzca. Según la legislación finlandesa, los derechos y obligaciones recogidos por convenio colectivo, vinculantes para el cedente, son de aplicación a la nueva empresa, independientemente de si esta, está vinculada por otro convenio. Este efecto continúa hasta que el convenio llegue a su término o fin.

No obstante, el cesionario y los empleados pueden a través de acuerdo modificar las condiciones laborales en favor de los empleados. Las partes negociadoras también pueden acordar que un convenio colectivo diferente sea aplicación a los empleados transferidos.³⁶⁸

El presidente del Tribunal laboral de Finlandia, Saloheimo³⁶⁹ ha señalado que, como regla general, el cedente está legalmente obligado por lo dispuesto en el convenio colectivo del cedente salvo que se diese la siguiente situación: a) que el cedente no fuese parte de una patronal, b) el cedente no tuviese un acuerdo de empresa, y c) que el convenio colectivo sectorial de aplicación no fuese de aplicación obligatoria. En este caso, el convenio colectivo del cedente no surtirá efectos, a menos que hubiese referencia al convenio colectivo en los contratos de trabajo.³⁷⁰

367.- Adherida a la Unión Europea en 1995 implementa la Directiva con el Acta de Contratos de Trabajo (55/2001) y sus posteriores modificaciones, así como con el Acta de cooperación en empresas (334/2007) y sus modificaciones, este último para la información a trabajadores.

368.- DITTMAR.: "Transfers of Undertakings and protection of employment" - Finlandia *Ius Laboris Guide*. - abril 2013;

369.- SALOHEIMO, J.: "Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking" - Finlandia. *XXIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin

370.- Por su parte en el estudio de la implementación de la comisión se dice que después de la transferencia, el cesionario debe continuar con la aplicación de los términos y condiciones del convenio del cedente hasta la terminación o expiración, entrada en vigor o aplicación de otro convenio colectivo. Sargeant, M. para la Human European... *op. últ. cit*

12) Francia:

La legislación francesa³⁷¹, en cuanto a la sucesión de empresas, prevé que, si se produce un cambio en la situación jurídica del empleador, los contratos laborales en la fecha de sucesión subsisten entre el nuevo empresario y los trabajadores de la empresa.

El nuevo empleador está obligado, en relación con los trabajadores a cumplir con las obligaciones que tenía el empleador anterior a la fecha de la modificación, salvo en los siguientes casos: 1) Procedimiento “de sauvegarde”, reorganización o liquidación; 2) La sustitución de empresarios ha tenido lugar sin que hubiera acuerdo entre ellos.

En Francia los escenarios que se pueden dar en la práctica habitual son: 1) por un lado, que el cesionario opera en el mismo sector que el cedente, en este supuesto no habría ningún cambio en el convenio colectivo, ya que se aplicaría este a las empresas del mismo sector. 2) Si la actividad principal cambia el convenio colectivo seguiría aplicándose después de la transferencia y hasta que se negocie un nuevo acuerdo, o, en ausencia de un nuevo acuerdo, por un máximo de 15 meses. Es decir, en un principio serían de aplicación los dos convenios, el del cedente y el del cesionario, observando las disposiciones más favorables para los trabajadores. Ello, durante un plazo máximo de 15 meses desde la transferencia. Transcurrido dicho plazo, o antes si es que las negociaciones se adelantan, debe haber un acuerdo. Si no hay acuerdo, es de aplicación el convenio colectivo del nuevo empleador, manteniendo los términos y condiciones esenciales que tenían en la empresa cedente.³⁷²

371.- Miembro fundador de la Unión Europea en 1958, y anteriormente de la CECA, Francia ha transpuesto la Directiva, recogiendo en los artículos L.1224-1 y L.1224-2 del código del trabajo.

372.- CAPSTAN.: “Transfers of Undertakings and protection of employment” – Francia, *Ius Laboris Guide*. – 2013; KESSLER, F.: “Comparative Labor Law Dossier, succession and transfer of business”, *IUSLabor* Paris, ISSN 1699-2938, enero 2015; SARGEANT, M. para la “Human European...” *op. ult. Cit*

13) Grecia:

La legislación griega³⁷³, prevé que, a causa de la sucesión empresarial, todos los derechos y obligaciones en virtud de un contrato o relación laboral se transfieren del cedente al cesionario. El cedente, después de la transferencia, es responsable solidario. Después de la transferencia, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo, el arbitraje, la regulación o contrato individual de trabajo.

En cualquier momento después de la transmisión, el nuevo empleador puede negociar un nuevo convenio colectivo. Cualquier nuevo término se puede aplicar incluso en perjuicio de los trabajadores. Esto no sería considerado como un cambio en los términos y condiciones laborales, ya que los convenios colectivos no se incorporan a los contratos individuales y se consideran como una norma general que debe aplicarse. Ello, no obstante, si el nuevo empleador vuelve a negociar el convenio colectivo existente, estará obligado por los términos del acuerdo original durante tres meses después de su caducidad.³⁷⁴

14) Holanda:

En Holanda³⁷⁵ se establece que, en base a la transmisión de una empresa, los derechos y obligaciones que en ese momento rigen la relación entre el empleador

373.- Incorporada a la Unión Europea en 1981, recoge la Directiva en el Art 4 del "APITH Decreto Presidencial, 178⁹. Estableciendo las medidas para proteger a los trabajadores en caso de transferencia de derechos de negocio, actividad o de partes de empresas o establecimientos

374.- KREMALIS: "Transfers of Undertakings and protection of employment" *Ius Laboris Guide*. - abril 2013; SARGEANT, M. para la "Human European..." *op. ult. cit*

375.- Miembro fundador de la Unión Europea en 1958, y anteriormente de la CECA, recoge la Directiva en la sección 7:662-666 del Código Civil Holandés, el artículo 14a del acta de los Convenios Colectivos (Wet op de collective arbeidsovereenkomst) y en el artículo 2^a del acta sobre las órdenes declarativas de obligaciones de convenios colectivos (Wet AVV), las primeras estipulaciones son de 14 de febrero de 1977, habiendo sido reformadas el 29 de junio de 1998 y ajustadas el 1 de julio de 2002.

cedente y los trabajadores, son transmitidos por ley a la empresa cesionaria. Dichos derechos y obligaciones, finalizarían en el momento en el que el cesionario, se vea afectado por un convenio colectivo celebrado después de la transmisión de la empresa o una vez que el convenio del cedente perdiera su vigencia.

Se ha señalado que todos los derechos y obligaciones basados en convenios colectivos de trabajo (CLA) se transfieren de pleno derecho. Por lo tanto, los empleados transferidos permanecerán sujetos al CLA correspondiente hasta que expire. Sin embargo, si antes de la expiración de CLA del cedente, el cesionario consigue un nuevo CLA, o su CLA existente es declarado generalmente vinculante, por el Ministerio de Asuntos Sociales, dicho acuerdo se aplicará a los trabajadores transferidos. Los términos del contrato de trabajo serán modificados al incorporarse al nuevo CLA con una carta o addendum en los contratos de trabajo.³⁷⁶

Ha de tenerse presente que, algunas disposiciones de la CLA (por ejemplo, salario) se convierten en parte del contrato de trabajo individual y por lo tanto sólo puede ser modificado con el consentimiento explícito del empleado. A menudo, esto significa que, al finalizar el CLA, ciertas condiciones de empleo quedan “congeladas” y no pueden ser modificados en perjuicio del empleado sobre la base de un nuevo CLA.

En definitiva, en Holanda se mantiene el convenio colectivo del cedente, no obstante, el cesionario puede solicitar que sea su convenio colectivo el que sea de aplicación a los empleados traspasados, para ello el cesionario tendría que llevar a cabo dicha solicitud ante el Ministerio de Asuntos Sociales, y este podría declarar que el convenio colectivo de aplicación en la empresa cesionaria lo es de forma general a todos los empleados, incluidos los recientemente transferidos, no obstante, a estos trabajadores se les garantizaría ciertas condiciones al introducirlas en el contrato de trabajo.

376.- BRONGEEST.: “Transfers of Undertakings and protection of employment” – Holanda, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013; SARGEANT, M. para la “Human European...” *op. ult. cit*

15) Hungría:

En cuanto a Hungría³⁷⁷, el código de trabajo establece en caso de sucesión de empresa se requiere que cesionario mantenga las condiciones de trabajo especificadas en el convenio colectivo del cedente salvo en lo referente a los horarios de trabajo y de descanso, por un período de un año después de la fecha de la transferencia. Este plazo no aplicaría al cesionario si el convenio colectivo expira dentro dicho plazo, o si la relación laboral quedase sujeta a lo dispuesto por un convenio colectivo negociado después de la fecha de la transferencia.

Se ha señalado que se pueden hacer modificaciones en los convenios colectivos de duración indefinida, de acuerdo con los términos establecidos en los mismos. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre las modificaciones, el convenio colectivo puede ser llevado a termino con el preaviso establecido en el acuerdo. Los convenios colectivos de duración determinada también pueden ser modificados por las partes.³⁷⁸

En definitiva, en Hungría cuando hay una sucesión empresarial habría que aplicar el convenio colectivo del cedente a los empleados transferidos, el impacto de dicho convenio puede ser distinto si es indefinido, ya que se podría llevar a término, si el

377.- Adherida a la Unión Europea en 2004 transpuso la Directiva en el Código de trabajo húngaro, el nuevo código cobró efectividad el 1 de julio de 2012⁴⁹.

378.- SOÓS, A.: "Transfers of Undertakings and protection of employment" – Hungría, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013; HANDÓ, T., SIMON, E., NÉMETH, Z., CSORBA, A.: "Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking" – Hungría, *XXIIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin; Sargeant, M. para la "Human European... "op. últ. cit: En el estudio de implantación para Hungría se dice que los términos y condiciones, a excepción de los horarios de trabajo, en la transferencia de los convenios colectivos, deben mantenerse hasta que pase un año o hasta que el acuerdo termina, o un nuevo acuerdo ve la luz. Si el convenio colectivo del cesionario es más beneficioso para el empleado podrá ser de aplicación de dicho acuerdo. Si el convenio colectivo del cedente es más beneficioso, el cesionario deberá aceptar el convenio colectivo más favorable. Además, mantiene que es posible que el cedente ponga fin al convenio colectivo antes de la transferencia.

cedente es la administración y el cesionario es del sector privado se pueden hacer ajustes a dicho convenio mientras se mantuviese el sueldo total o incluso puede que el convenio del cedente dejase de ser de aplicación por que el del cesionario es más beneficioso como indica la comisión.

16) Irlanda:

En Irlanda³⁷⁹, los derechos y obligaciones derivados de un contrato de trabajo existente en la fecha de la sucesión empresarial, serán transmitidos al cesionario. A raíz de una sucesión, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante cualquier convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o aplicación de otro convenio colectivo.

El magistrado Duffy³⁸⁰, jefe del Tribunal laboral de Irlanda, mantiene que se transfiere la aplicación de la versión del convenio colectivo vigente en el momento de la transmisión a menos que el propio acuerdo establezca que ciertos cambios se llevarán a cabo a través del tiempo. Igualmente recoge que la aplicabilidad de un convenio no depende de la pertenencia a un sindicato o a una asociación patronal. Por lo tanto, un trabajador o un empleado no pueden evitar los términos de un acuerdo abandonando una patronal o, en su caso, un sindicato.

En general, los derechos de los trabajadores están protegidos en el momento de la transferencia. Un acuerdo no puede ser modificado unilateralmente a no ser que el propio acuerdo prevea dicha alteración. Los convenios a menudo prevén la

379.- Irlanda se incorporó a la Unión Europea en 1973, transpuso por primera vez la Directiva en la legislación "*Protection of Employees on Transfer of Undertakings*" de 2003 (SI No. 131 of 2003), esta protección de los empleados en transferencias de empresa, fue modificada en 2006 por el "*Employees Act - Provision of Information and Consultation*" o Acta de empleados – estipulación sobre la información y consulta.

380.- DUFFY, K.: "Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking" - Irlanda. *XXIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin.

terminación del mismo a través de un preaviso a la otra parte. Si hay una cláusula de este tipo en el convenio, entonces el nuevo empleador puede invocar la terminación el acuerdo. De lo contrario, el acuerdo permanecerá en vigor hasta que sea modificado por acuerdo entre las partes.

Como puede apreciarse, Irlanda es uno de los Estados miembros donde en la legislación local se ha transcrito literalmente el art 3.3. de la Directiva, por lo que el *"the entry into force or application of another collective agreement"* (entrada de aplicación de otro convenio colectivo) está vigente, aunque no se ha detallado cómo. Lo que está prevaleciendo en la práctica es que el Convenio de la empresa cedente es de aplicación al cesionario el cual tiene que observarlo de forma estática, pero teniendo en cuenta las estipulaciones de futuro que se recogen en dicho convenio en el momento de la transferencia.³⁸¹

17) Italia:

El código civil italiano³⁸² mantiene que, en el caso de transmisión de empresa, la relación de trabajo continúa con el cesionario y el trabajador mantiene todos los derechos que tenía que con el cedente. El cedente y el cesionario responden solidariamente frente a cualquier reclamación que se hubiera presentado con

381.- SHIELD.: "Transfers of Undertakings and protection of employment" Irlanda, *Ius Laboris Guide*. 2013. SARGEANT, M. para la "Human European..." *op. últ.* La comisión ha destacado que la regulación irlandesa repite textualmente el artículo 3, párrafo 1, de la Directiva (3). El reconocimiento de los sindicatos a nivel de empresa no es obligatorio, es normalmente voluntario y los convenios colectivos normalmente no son jurídicamente vinculantes. Esto significa que el alcance de las estipulaciones convencionales suele ser limitado.

382.- Italia es un miembro fundador de la Unión Europea en 1958, y anteriormente de la CECA, la transposición de la Directiva en el ordenamiento jurídico italiano tuvo lugar en el artículo 2112 del código civil italiano y en la ley nº 428 de 29 de diciembre de 1990 que modificó la transposición. Posteriormente, se volvió a modificar el artículo 2112 del Código Civil en varias ocasiones, siendo las más relevante la del decreto legislativo 18 de 2 de febrero de 2001 y como hemos visto en el capítulo anterior se ha modificado dicho código en 2016 para aclarar los requisitos para que dicho artículo sea de aplicación a las contratas de servicios.

anterioridad a la transmisión. El cesionario está obligado a aplicar las medidas económicas y normativas previstas por convenios colectivos nacionales, territoriales y de negocio en vigor en la fecha de la transferencia, y hasta su expiración, salvo que sean sustituidos por otros convenios colectivos aplicables al cesionario. La sustitución se podrá llevar a cabo únicamente entre acuerdos colectivos del mismo nivel.³⁸³

Si el cedente y el cesionario aplican diferentes convenios colectivos en sus empresas, la disposición mencionada permite un cambio del convenio colectivo del que se aplica en el cedente al que se aplica en el cesionario. De acuerdo con jurisprudencia reciente, la sustitución tiene efecto automático en el momento de la transferencia. Sin embargo, jurisprudencia más antigua afirma que la sustitución se hace efectiva sólo después de que se haya alcanzado un acuerdo colectivo durante el procedimiento de información y consulta, el llamado 'accordo di ingresso "o" di armonizzazione'.

En definitiva, en el caso de Italia si al cesionario le es de aplicación un convenio colectivo distinto del que era de aplicación al cedente, el convenio colectivo que será de aplicación a los trabajadores transmitidos es el del cesionario.³⁸⁴

383.- TOFFOLETTO DE LUCA.: ““Transfers of Undertakings and protection of employment” Italia, *Ius Laboris Guide*. 2013; FERRANTE, V.: “Comparative Labor Law Dossier, succession and transfer of business” – Italia, *IUSLavori*, Milan, enero 2015; Por su parte, la comisión ha señalado que, en Italia, los convenios colectivos preexistentes siguen siendo de aplicación a menos de que ya haya uno del mismo nivel en el cesionario, en cuyo caso se aplicará este último. Esto puede significar que los trabajadores pueden ver reducido el alcance y condiciones laborales presentes en los convenios, aunque a menudo hay un proceso de armonización entre los antiguos y los nuevos convenios concertados con los sindicatos. SARGEANT, M. para la “Human European...” *op. ult. cit*

384.- De esta manera se recogió en la sentencia en la que la empresa de automóviles FIAT, ahora FCA, donde primero FIAT anuncio una reorganización, creó una nueva compañía del grupo, contrató empleados nuevos y aplicó un convenio colectivo propio para esta nueva compañía con condiciones distintas incluyendo las horas de trabajo, turnos, etc. Posteriormente transfirió las actividades a la nueva compañía y finalmente FIAT fue absorbida por FCA en octubre de 2014, aplicando el nuevo convenio. El tribunal de industria de Turín entendió que todo se hizo de acuerdo a la legalidad.

18) Letonia:

En Letonia³⁸⁵, la transposición de la Directiva en el ordenamiento jurídico se recogió en la Ley laboral, estableciendo que una transferencia consiste en que una empresa o partes de ella, que sean independientes e identificables y con entidad propia, pasan a otra persona en un acto contractual, administrativo o reglamentario, por juicio o cualquier otro motivo. En estos supuestos los derechos y obligaciones del cedente que se derivan de las relaciones laborales legales aplicables en el momento de la transmisión de la empresa se transferirán al comprador de la empresa. Después de una transmisión de empresa el cesionario deberá continuar cumpliendo con las disposiciones del convenio colectivo suscrito con anterioridad: 1) hasta el momento de la terminación de dicho convenio colectivo; 2) hasta el momento de un nuevo convenio colectivo entre en vigor; 3) hasta el momento de la aplicación de las disposiciones de otro convenio colectivo, dentro de un período de un año a partir de la transmisión de la empresa, las disposiciones del convenio colectivo de aplicación no se modificarán en perjuicio de los trabajadores.³⁸⁶

Similar a la situación de otros Estados miembros, Letonia transcribe el literal de la Directiva incluyendo el límite del año, pero no se detalla cómo habría que interpretar el termino aplicación.

385.- Letonia, incorporada a la Unión Europea en 2004 transpuso la Directiva en la Ley Laboral

386.- Sobre Letonia, la comisión, (SARGEANT, M. para la “Human European...” op. últ. cit) y algunos autores (LEJINS, R.: “Transfers of Undertakings and protection of employment” – Letonia, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.) han señalado que, después de la transmisión de empresa el cesionario deberá seguir cumpliendo con las disposiciones de los convenios colectivos celebrados con anterioridad y aplicables en el momento de la transferencia, hasta la expiración del convenio colectivo, o hasta que un nuevo convenio colectivo entre en vigor u otro convenio colectivo que sea aplicable. Las disposiciones del convenio colectivo no podrán ser modificados en perjuicio de los empleados durante un período de un año a partir de la transferencia.

19) Lituania:

En Lituania³⁸⁷ se prevé que un convenio colectivo de empresa entra en vigor tras su firma, salvo que se estipule lo contrario en el mismo y será válido hasta la fecha en la que se firme un nuevo convenio colectivo, o hasta que finalice el plazo de vigencia previsto en el mismo. Si existe un convenio colectivo de duración determinada, las partes deberán entablar negociaciones dos meses antes de su expiración para la renovación. En cuanto a la sucesión empresarial, el convenio colectivo de la empresa cedente debe seguir siendo de aplicación en la cesionaria, incluso si en esta empresa las condiciones laborales están reguladas por otro convenio colectivo. Así en Lituania, el convenio colectivo del cedente es el que debe de ser de aplicación, no obstante, se podría observar disposiciones más favorables para el trabajador previstas en el convenio colectivo de aplicación en la empresa cesionaria.³⁸⁸

20) Luxemburgo:

En Luxemburgo³⁸⁹, la transposición de la Directiva se materializó en el código de trabajo. Así, en el capítulo referente al mantenimiento de los derechos de los

387.- Lituania fue adherida a la Unión Europea en 2004, la implantación de la Directiva se llevó a cabo a través del Código de Trabajo⁴⁹ que entró en efectividad el 1 de diciembre de 2012.

388.- En este sentido se pronuncia NORKUS: "Transfers of Undertakings and protection of employment" – Lituania, Ius Laboris Guide. - abril 2013, mantiene que si un convenio colectivo celebrado entre el cedente y los trabajadores transferidos, y si es válido en el momento de la transferencia, debe ser aplicado por el cesionario. Los términos de un convenio colectivo preexistente solo podrán modificarse de conformidad con el procedimiento estipulado en dicho acuerdo. Si no se ha determinado procedimiento, el convenio colectivo puede ser modificado y completado de la misma forma en la que el acuerdo se llegó a formalizarse, a saber, por medio de negociaciones. Por su lado el estudio sobre la implementación de la comisión⁴⁹ mantiene que cuando varios convenios colectivos se aplican a una empresa, se aplicarán las disposiciones de los más favorables. Sargeant, M. para la Human European... *op. últ. cit*

389.- Luxemburgo es miembro fundador de la Unión Europea en 1958, y anteriormente de la CECA⁴⁹, transpuso la Directiva en el artículo L 125-1 (1) y artículos del L. 127-1 al L 127-6 del Código del trabajo.

trabajadores en caso de transmisión de empresas se dice que esta regulación será de aplicación a cualquier transferencia de empresa, negocio o parte del negocio o establecimiento que se derive, en particular, de una transferencia legal, fusión, una sucesión, escisión, etc. Los derechos y obligaciones que se derivan para el cedente de un contrato de trabajo o relación laboral existente en la fecha de la transferencia deberán, en razón de dicha transferencia, ser transmitidos al cesionario.³⁹⁰

21) Malta:

En Malta³⁹¹, la normativa establece que cuando un negocio u otro tipo empresa ya sea en su totalidad o en parte, cambia de propietario, cualquier empleado del cedente en el día de la transmisión de la empresa se considerará que está al servicio del cesionario y el cesionario deberá asumir todos los derechos y obligaciones que el cedente tiene hacia el empleado. Se deberá continuar observando los términos y condiciones acordados en convenio colectivo del cedente, hasta el momento de la extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o la aplicación de otro convenio colectivo.

Malta se encuentra en una situación similar a la de otros Estados miembros en los que se dice que se ha transpuesto de forma correcta, de hecho, se ha hecho de forma literal, pero no se entra en cómo afecta a los convenios colectivos el concepto de aplicación.³⁹²

390.- CASTEGNARO: "Transfers of Undertakings and protection of employment" – Luxemburgo, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013: Mantiene que un convenio colectivo en sí mismo no se transfiere al cesionario. Sin embargo, el cesionario tiene la obligación legal de cumplir con todos los términos derivados de la negociación colectiva de un acuerdo celebrado por el cedente hasta la fecha de extinción o las fechas de expiración de este acuerdo o la entrada o el poder de ejecución de un nuevo acuerdo.

391.- Malta fue adherida la Unión Europea en 2004 ha transpuesto la Directiva en el acta de trabajo y relaciones laborales.

392.- VELLA, J.: "Transfer of undertakings GVZH, noviembre 2013.

22) Polonia:

En la normativa polaca³⁹³ se mantiene que, si un establecimiento de trabajo o parte del mismo se transmite a otro empleador, ese empleador, de acuerdo a la ley, se subroga en las relaciones laborales existentes. El cesionario deberá aplicar las disposiciones del convenio del cedente por un período de un año a partir la fecha de la sucesión. El cesionario podría aplicar a los trabajadores unas condiciones más favorables que las resultantes del convenio del cedente.

Las disposiciones del convenio colectivo del cedente se aplican tal y como estaban en la fecha de la transferencia de la empresa (o parte de ella), es decir, las enmiendas al convenio después de la transferencia no aplicaran al cesionario. Después del año de la aplicación obligatoria, el cesionario no se libera automáticamente de la aplicación del convenio colectivo del cedente. Con el fin de dejar de aplicarlo, el cesionario debe o bien seguir un procedimiento, denominado “anuncio de alteración de las condiciones de empleo”, con respecto a cada empleado transferido; o celebrar acuerdos individuales con ellos mediante la modificación de sus condiciones de empleo.³⁹⁴

393.- Polonia se incorporó a la Unión Europea en 2004 recoge la Directiva en el artículo 23-1 y el 24-18 del código del trabajo y el artículo 26 de la Ley de sindicatos⁴⁹.

394.- En este sentido PARUCH, R.: “Transfers of Undertakings and protection of employment” – Polonia, Ius Laboris Guide. - abril 2013, recoge que el convenio colectivo no se transfiere en sí mismo, sino que tras la transferencia el cesionario debe observar las disposiciones de los convenios colectivos pertinentes con respecto a los trabajadores transferidos. Existen ciertas limitaciones a esto, tales como: 1) El cesionario sólo está obligado a respetar los términos de un acuerdo de negociación colectiva por un año desde de la transferencia; 2) Las enmiendas al convenio colectivo de trabajo del cedente después de que las transferencias no aplicaran al cesionario; 3) Con el fin de dejar de aplicar el convenio colectivo del cedente, el cesionario debe o seguir un procedimiento.

Por su lado el estudio de implementación recoge la situación diciendo que el cesionario está obligado a cumplir las disposiciones establecidas en los convenios colectivos que estaban en vigor antes de la transferencia, durante un año. Cuando el acuerdo finaliza los términos y las condiciones de origen convencional pasan a formar parte del contrato de trabajo. Sargeant, M. para la “Human European...” *op. últ. cit*

23) Portugal:

En la normativa portuguesa³⁹⁵, se establece que, en el caso de una sucesión empresarial, por cualquier título, de la propiedad de la empresa o establecimiento o parte de una empresa o negocio para constituir una unidad económica, se transmite igualmente al comprador la posición del empleador en los contratos de trabajo de sus trabajadores. En cuanto al Convenio de aplicación en caso de transmisión de empresa o establecimiento, se establece que, el instrumento de regulación del trabajo colectivo del cedente es aplicable al cesionario hasta el final de período de validez o al menos durante doce meses a partir de la transmisión, salvo que otro instrumento de regulación de negociación colectiva pueda aplicarse al comprador.³⁹⁶

24) Reino Unido:

En la normativa del Reino Unido³⁹⁷ se establece que una transferencia no supondrá la finalización de los contratos laborales los cuales, tendrán efecto después de la transferencia como si se hubiesen llevado a cabo originalmente entre el trabajador y el cesionario. De esta forma, los derechos, facultades, deberes y responsabilidades de las que era responsable el cedente en virtud del contrato, serán transmitidos al

395.- Portugal, integrada en la Unión Europea en 1986, recoge las estipulaciones de las Directiva en el código de trabajo portugués, en los artículos 285 y siguientes, así como en el 498 para el tema de los convenios.

396.- PINTO, P., MONTEIRO, B., BRANCO, R., JARDIM, A.: "Transfers of Undertakings and protection of employment" - Portugal, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013 mantiene que los derechos y obligaciones surgidos de los convenios colectivos aplicables serán transferidos. El convenio colectivo del cedente aplicará hasta que expire (si el acuerdo lo prevé) o por un mínimo de doce meses después de la transferencia, a menos que un nuevo convenio colectivo de aplicación al cesionario vea la luz durante este tiempo. El cesionario no puede modificar unilateralmente los términos de un convenio, debe ser negociado con los sindicatos. Por su parte, la comisión ha señalado que el cesionario continuará observando los términos y condiciones de un convenio colectivo transferido hasta su expiración o la entrada en vigor o la aplicación de otro convenio, y que esto es así incluso si el cesionario tiene otro acuerdo vigente. El límite de tiempo es igual o superior a un año. Sargeant, M. para la "Human European..." *op. ult. cit*

cesionario. Cualquier acto u omisión llevado a cabo por el cedente antes de la transferencia, en relación con el contrato laboral, se considerará que ha sido un acto u omisión llevado a cabo por el cesionario.³⁹⁸

Cuando el contrato de trabajo incorpora disposiciones de algún convenio colectivo, estas son de aplicación, salvo si la disposición del convenio colectivo se acordó después de la fecha de la transferencia; y el cesionario no es parte en la negociación colectiva del mismo, es decir, la vinculación es estática. Esta vinculación estática es fruto de la reforma de enero de 2014, la cual se produjo tras la sentencia del TJUE del asunto *Alemo-Herron*, suscitada por una duda planteada por los tribunales del Reino Unido.³⁹⁹

25) República Checa:

La normativa de la República Checa establece que en la transmisión de los derechos y obligaciones de la relación de trabajo cuando se produce una transferencia de las

397.- El Reino Unido es miembro de la Unión Europea desde 1973 recoge las estipulaciones de la Directiva principalmente en la ley denominada “TUPE - Transfer of Undertakings (Protection of Employment)” Transferencia de empresas – protección de empleo. Se ha analizado la situación del Brexit y el potencial impacto en la legislación TUPE anteriormente (Vid supra Cap. I apartado 2)

398.- UK GOVERNMENT: *Employment Rights on the transfer of an Undertaking - A guide to the 2006 TUPE*. Por su parte, el estudio de implementación²³ recoge que los convenios colectivos son transmitidos, así como el reconocimiento sindical cuando el conjunto de medios organizados o empleados mantienen una identidad distinta del resto de la empresa del cesionario. Los convenios colectivos normalmente no tienen efecto legal en el Reino Unido a menos que estén incorporados en el contrato de trabajo. En tal caso, se transferirán junto dicho contrato. Sargeant, M. para la Human European Consultancy...

399.- SILKIN, L.: “Transfers of Undertakings and protection of employment” – Reino Unido, *Ius Laboris Guide*, abril 2013. mantiene que, en este Estado miembro prácticamente no hay convenios colectivos que sean vinculantes. Así que las partes pueden no tener en cuenta los términos, aunque suelen hacerlo por razones de relaciones laborales. En el Reino Unido, los términos de los convenios colectivos se incorporan a veces en los contratos individuales. Cuando la empresa transmitida mantiene una identidad distinta del resto de la empresa del cesionario, el sindicato que fue reconocido por el cedente se considerará reconocido por el cesionario.

operaciones del empleador o las actividades de este, o una transferencia de las funciones de un empleador o parte del mismo a otro empleador, los derechos y obligaciones de las relaciones laborales en su totalidad se transmiten al cesionario.⁴⁰⁰ Los derechos y obligaciones derivados del convenio colectivo se transmiten al cesionario por el plazo de vigencia del convenio colectivo, pero no más que hasta el final del año natural siguiente. Los convenios colectivos no pueden ser cambiados unilateralmente por el cesionario. Ambas partes contratantes deben estar de acuerdo con cualquier cambio.⁴⁰¹

26) Rumanía:

En la normativa rumana⁴⁰² se establece que los empleados se benefician de la protección de sus derechos en una sucesión de empresa, unidad o partes del mismo, a otro empresario, de acuerdo con la legislación. De esta forma, los derechos y obligaciones del cedente que surgen de un contrato o relación laboral existente en la fecha de la transmisión, serán transmitidos en su totalidad al cesionario. El cesionario tiene la obligación de respetar las condiciones del convenio colectivo aplicable en el cedente, a la fecha de la transferencia hasta la fecha de extinción o de expiración. Las cláusulas de los convenios colectivos vigentes en el momento de la transferencia pueden ser renegociados, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los empleados, pero no antes de un año desde la fecha de la transferencia. En el caso de que, tras la transferencia, la empresa, negocio o sus partes no conservase su autonomía y el convenio colectivo aplicable al cesionario fuese más favorable para los trabajadores transferidos se aplicará el convenio colectivo más favorable.

400.- La Republica Checa, adherida a la Unión Europea en 2004 recoge las disposiciones de la Directiva en el Código de trabajo, Acta nº 262/2006 Coll⁴⁹, modificada por la ley 365/2011.

401.- RANDL.: “Transfers of Undertakings and protection of employment” - República Checa, Ius Laboris Guide. - abril 2013.

402.- Rumanía, incorporada a la Unión Europea en 2007 transpone la Directiva dentro de la ley número 67 sobre la protección de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de la empresa, unidad o partes de los mismos.

En definitiva, en Rumania se establece que el convenio colectivo del cedente sigue siendo de aplicación tras la sucesión empresarial, el cual se podría modificar por acuerdo, transcurrido un año desde la sucesión. Puede haber situaciones en las que se deba aplicar el convenio colectivo del cesionario si este es más beneficioso para los trabajadores.

Cabe señalar que en el informe de la comisión sobre la implementación de la Directiva se dice que el no haber transpuesto el límite de la aplicabilidad del convenio de la empresa cesionaria es una no conformidad.⁴⁰³

27) Suecia:

En la normativa sueca⁴⁰⁴ se establece que, en una sucesión empresarial, se transmite el negocio o parte de un negocio de una empresa a otra, transmitiendo también los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo y las condiciones laborales que se aplicaban en el momento de la transición a la nueva empresa. El empleador anterior, también es responsable de cara al empleado de las obligaciones financieras relacionadas con el período anterior a la transición.

403.- MILIEU Ltd: "Implementation Report for Rumania Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses" - Para la comisión europea Bruselas 2009: En este documento la comisión ha señalado que en Rumania el artículo 3.3 de la Directiva, no ha sido transpuesto de forma completa. Se dice que el nuevo empleador deberá mantener las estipulaciones del convenio colectivo aplicable al cedente en el momento de la transferencia y hasta la fecha de terminación o expiración de dicho convenio, no incluyendo la posibilidad de entrada en vigor o aplicación de otro convenio. Esta falta de transposición ha sido calificada por dicho informe como un problema menor de no-conformidad ya que la legislación local permite renegociar las cláusulas del convenio tras el plazo de un año; The CMS Employment and Pensions Group: *"Guide to Employment Issues in an M & A ..."* op. ult. cit

404.- Suecia se adhiere a la Unión Europea en 1995 y recoge las provisiones de la Directiva en las secciones 6b, 7 y 25 del Acta sobre protección del empleo y en la sección 28 del Acta de co-determinación del lugar de trabajo.

El cesionario está obligado a mantener la aplicación de las condiciones del convenio colectivo del cedente por un año como mínimo. Esto dejará de ser de aplicación desde el momento en que el convenio colectivo haya expirado o desde que haya un nuevo acuerdo colectivo vigente para los trabajadores transferidos. Si el cesionario ya se encuentra vinculado por otro convenio colectivo aplicable a sus trabajadores, no aplicará el convenio colectivo del cedente.⁴⁰⁵ El cesionario, o el cedente en nombre del cesionario ha de seguir un procedimiento para que el convenio colectivo del cedente no sea de aplicación.⁴⁰⁶

En Suecia la notificación por parte del cesionario de no querer que le aplique el convenio que aplicaba al cedente se antoja incluso más relevante que en otros Estados miembros, ya que, si el cesionario no tiene convenio aplicable y no lleva a cabo dicha notificación, el convenio que estaba vigente en el cedente pasaría a ser

405.- Para que el convenio del cedente deje de ser de aplicación, el cesionario deberá notificar la terminación del convenio colectivo dentro de los treinta días después de que ha sido informado acerca de la transición. Llevada a cabo la terminación dentro de este período, el convenio dejará de ser aplicable en la transición. Tampoco se aplicará el convenio colectivo al nuevo empleador si, antes de la transferencia, el cedente da aviso de terminar el convenio. Sin embargo, si se hace tal notificación de resolución en menos de sesenta días antes de la transferencia, el acuerdo se aplicará al nuevo empleador hasta sesenta días tras la fecha en la que se notificó el preaviso de terminación del convenio.

406.- ADVOKATBYRÅ, E.: "Transfers of Undertakings and protection of employment"- Suecia, *Ius Laboris Guide.*, abril 2013: resume que, si el cedente está sujeto a un convenio colectivo, pero el cesionario no, entonces el convenio colectivo del cedente será de aplicación. El cesionario estará obligado por el convenio colectivo y debe aplicarlo a todos los empleados que entran dentro del alcance del acuerdo (es decir, incluso los trabajadores de la empresa cesionaria). No obstante, esta situación no se daría si el cedente podrá notifica la resolución del convenio colectivo antes de la transmisión. Por otro lado, si el cesionario está vinculado por otro convenio colectivo, pero no notifica la terminación del convenio del cedente, El acuerdo del cesionario no aplicará a los trabajadores transferidos hasta después del período de un año durante el cual el cesionario debe aplicar los términos y condiciones del convenio colectivo del cedente (si los hay) a los trabajadores transferidos. Esto protege a los trabajadores contra los cambios perjudiciales transferido durante el primer año de la transferencia.

de aplicación para toda la empresa del cesionario⁴⁰⁷. Cabe la posibilidad de llevar a cabo la notificación incluso antes de la transferencia, en este caso la notificación la realizaría el futuro cedente en representación del futuro cesionario.⁴⁰⁸

B) Resumen y valoración del análisis de las regulaciones del concepto “aplicación”:

Tal y como se ha podido ir observando en el análisis sobre cómo se regula el termino de aplicación en cada Estado miembro, basándose en la legislación local, la revisión pragmática de la doctrina nacional así como jueces que se han pronunciado sobre el tema y los documentos publicados por la comisión, se puede confirmar que en efecto todos los Estados miembros, los 27 a fecha de hoy además de España, han transpuesto la obligatoriedad que establece la Directiva, de transferir los términos y condiciones recogidos en el convenio colectivo del cedente al cesionario a la vez que se produce la sucesión. También ha quedado reflejado que dicha obligatoriedad tiene ciertos límites que establece la misma Directiva, siendo uno de ellos los límites el de aplicación, si es que hay un convenio colectivo vigente en la empresa cesionaria y que es la causa de este apartado. Dicho límite no se recoge de la misma forma en

407.- En este sentido Los jueces Lilja Hansson, Gunnarsson y Renman, mantienen que cuando una empresa, o una parte de una empresa que está sujeta a un acuerdo de negociación colectiva, se transmite a un nuevo empleador a través de una transferencia, el convenio será de aplicación en la nueva empresa. Esto no aplicará, sin embargo, cuando el nuevo empresario ya está sujeto a otro convenio colectivo que puede aplicar a los empleados cuyos contratos de trabajo son asumidos. LILJA HANSSON, C., GUNNARSSON, C., RENMAN, K.: *Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking* - Suecia. *XXIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin

408.- Por su parte, el estudio de implementación mantiene que los convenios colectivos constituyen una importante fuente de términos de un empleado y condiciones del empleo. El convenio es legalmente vinculante para las partes contratantes y los miembros, además se incorporan en el contrato de trabajo. Cuando el cedente está obligado por un convenio colectivo, el cesionario queda jurídicamente vinculado por él, a menos que el nuevo empleador ya esté obligado por otro convenio colectivo que pueda aplicar a los trabajadores transferidos. Si el acuerdo original se mantiene en vigor, entonces debe aplicarse durante al menos un año después de la fecha de la transferencia. Esta obligación expira cuando el acuerdo original ya no está en vigor o cuando se aplica un nuevo acuerdo. Sargeant, M. para la “Human European...” *op. últ. cit.*

los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro, de esta forma podemos identificar varios grupos, aunque siempre caben matizaciones ya que algunos casos podrían entrar en más de una categoría:

1.- No transpuesto: En esta situación se encuentra España que no ha incorporado a su legislación esta posibilidad (Vid infra cap. III apartado 3.2), igualmente estaría Rumanía, donde la Directiva tampoco ha sido transpuesta de forma completa y se establece que el nuevo empleador deberá mantener las estipulaciones del convenio colectivo aplicable al cedente en el momento de la transferencia y hasta la fecha de terminación o expiración de dicho convenio, no incluyendo la posibilidad de entrada en vigor o aplicación de otro convenio. Esta falta de transposición a la legislación rumana, ha sido calificada como un problema menor de no-conformidad por el estudio llevado a cabo a cargo de la comisión, ya que la legislación local permite renegociar las cláusulas del convenio tras el plazo de un año.⁴⁰⁹

2.- Transpuesto, pero sin entrar en la cuestión relativa a cómo afecta a los convenios colectivos: Sería la situación de Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania, Luxemburgo o Malta, en los que se dice que se ha transpuesto de forma correcta pero no se entra en cómo afecta a los convenios colectivos.

Este criterio es el que también vemos en Irlanda donde en la legislación local se ha transcrito literalmente el art 3.3. de la Directiva, por lo que el “the entry into force or application of another collective agreement” (entrada de aplicación de otro convenio colectivo) está vigente pero no se ha detallado cómo.

409.- Cabría que preguntarse como calificarían la transposición de España donde como veremos optó por no acogerse a la posibilidad de limitar temporalmente los convenios colectivos del cedente siempre que se mantuviesen como mínimo un año.

Lo que está prevaleciendo en la práctica en estos casos, es que el Convenio del empleador cedente pasa al cesionario el cual tiene que observarlo de forma estática, pero teniendo en cuenta las estipulaciones de futuro que se recogen en dicho convenio en el momento de la transferencia.

La regulación del Reino Unido, tal y como recoge la reforma de la TUPE, establece que las condiciones laborales establecidas en el convenio colectivo aplicable al cedente se transfieren junto con los empleados de forma estática ya que si las estipulaciones del convenio han sido acordadas tras la transferencia y el nuevo empleador no es parte de ese convenio colectivo, las mismas no son de aplicación al cesionario. Esta reforma es de enero de 2014, la cual se produce tras la sentencia del TJUE del asunto Alemo-Herron.

También tendría hueco en este grupo Eslovenia, aunque en la práctica el nuevo empleador podría cambiar de asociación y por tanto de convenio, manteniendo las condiciones de forma estática.

3.- Convivencia de los dos convenios colectivos: En otros Estados miembros se permite que apliquen o convivan los dos convenios, el del cedente y el del cesionario, utilizando el más beneficioso para los trabajadores afectados por la sucesión. En este grupo estaría Finlandia e incluso Francia por un tiempo limitado, ya que el proceso consiste en que en un principio aplican los dos convenios, usando el más favorable para el empleado, esto durante un máximo de 15 meses desde la transferencia, tras los 15 meses o antes si es que las negociaciones se adelantan, debe haber un acuerdo, si no hay acuerdo aplica el convenio colectivo del nuevo empleador manteniendo los términos y condiciones esenciales que tenían en la empresa cedente.

4.- Se mantiene el convenio del cedente, pero se puede acordar el cambio de convenio: En la República Checa se dice que hay que mantener el convenio anterior, aunque se podrían acordar cambios del mismo con los representantes de los trabajadores. Al igual que en el caso de Grecia, Portugal, Hungría y Eslovaquia.

En cierta forma España también se podría encajar en este grupo, ya que, aunque no se ha transpuesto el límite de aplicación, sí que se da la

posibilidad, según el literal del Art 44 ET, de llegar a acuerdos, no obstante, más adelante analizaremos la realidad de este tipo de acuerdos. (Vid infra cap. IV, apartado 2.3)

5.- Aplica el del cedente, pero el cesionario se podría desvincular del mismo para que aplique su convenio colectivo: En otros Estados miembros en principio se mantiene el convenio colectivo que era de aplicación en el cedente, pero permiten que el nuevo empleador se desvincule del mismo si notifica a los representantes de los trabajadores, este es el caso de Dinamarca donde el cesionario tiene un plazo de cinco semanas para llevar a cabo dicha comunicación. Además, en este Estado miembro también es posible llegar a un acuerdo con los representantes. En Holanda el enfoque es parecido, pero para que el Convenio colectivo del cedente no sea de aplicación al nuevo empleador, éste tiene que llevar a cabo dicha solicitud ante el Ministerio de “Asuntos Sociales” que puede declarar que el convenio colectivo de aplicación en la empresa cesionaria lo es de forma general a todos los empleados, incluidos los trabajadores que se incorporaron a través de la sucesión.

En Polonia, los cesionarios también tienen que seguir un proceso para desvincularse del convenio aplicable en la empresa cedente, pero este no se puede iniciar hasta después de un año tras la transferencia

En Suecia, la notificación por parte del nuevo empleador de desvincularse del convenio de la empresa cedente para que esté no sea de aplicación se antoja incluso más relevante, ya que, si el cesionario no tiene convenio aplicable y no lleva a cabo dicha notificación, el convenio que estaba vigente en la empresa cedente pasaría a ser de aplicación para toda la cesionaria. Esta notificación se ha de llevar a cabo en el plazo de 30 días tras la transferencia de la UPA, cabe la posibilidad de llevar a cabo la notificación incluso antes de la transferencia, en este caso la notificación la realizaría el futuro cedente en representación del futuro cesionario.

Si en la empresa cesionaria sueca existiese un convenio colectivo de aplicación y no se procede a la desvinculación del convenio colectivo del cedente, el convenio colectivo del cesionario sería de aplicación también a los trabajadores traspasados desde el primer día, no obstante, el cesionario estaría obligado a respetar las condiciones que estos trabajadores tenían para con su antiguo empleador durante un año, o menos tiempo si el convenio del antiguo empleador expira o es remplazado por otro nuevo.

6.- Es de aplicación el convenio de la empresa cesionaria: En Austria, el convenio del nuevo empleador es el que queda vigente exceptuando aspectos como el sueldo, horas extras, protección contra el despido, etc. En los que sería de aplicación el de origen si es más beneficioso.

Igualmente, en Alemania, si el nuevo empleador está sujeto por un convenio que alcance a los derechos de los trabajadores transferidos estos quedarían bajo la protección del mismo. Es decir, que aplicaría el convenio vigente del cesionario.

En Bélgica, si hay un cambio de sector hay dudas reconocidas sobre qué convenio debe ser el que esté vigente. Una visión calificada como tradicional dice que hay que mantener el del cedente, pero son cada vez más las voces que dicen que tiene que aplicarse el del cesionario.

En el caso de Italia, si el cesionario tiene un convenio, es este el que sería de aplicación.

De esta forma, se puede observar que el impacto del cuarto límite recogido en la Directiva, el de la “aplicación de un convenio colectivo”, no es homogénea en la Unión Europea y ello no es adecuado. Ciertamente es que el TJUE en reiteradas ocasiones ha dicho que no es un objetivo de la Directiva que todos los Estados miembros tengan la misma legislación o cobertura en cuanto a la sucesión empresarial, y que la misma Directiva en su artículo 8 establece que “la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de

promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores.”⁴¹⁰

No obstante, esta flexibilidad que se da a los Estados no puede regir en cuanto a la aplicabilidad del convenio colectivo de la empresa cesionaria. La flexibilidad se debe dar en casos de menor envergadura a los recogidos en el literal de la Directiva, ya que si la Directiva establece qué convenio colectivo debe ser de aplicación, los Estados miembros no deberían poder cambiar la estipulación de la Directiva. Así, si la Directiva hubiera querido dejar a la libertad a los Estados miembros en cuanto a la aplicabilidad o no de estos límites, se hubiera establecido esta opción en la misma Directiva, como así hace en el ejemplo de limitar a un año la vigencia del convenio del cedente. El límite que establece de “aplicación” es obligatorio, eliminar la posibilidad del límite de la aplicación sería como eliminar cualquiera de los otros tres límites que igualmente se recogen en el artículo 3.3. de la Directiva, es decir, como dejar a los Estados miembros que no regulen que si el convenio colectivo del cedente llega término, no se termine la aplicación o si hay un nuevo convenio colectivo en el cesionario, este no aplique y siga aplicando el del cedente sin más, esto simplemente no es viable.

De esta forma, el TJUE establece no solo la obligatoriedad de estos límites, si no también algunos aspectos colaterales, como se puede contrastar en la sentencia del caso *Alemo-Herron* donde se revisa que en caso de que tenga que seguir aplicando el convenio colectivo del cedente si esta aplicación ha de ser estática (foto fija a la fecha de la transferencia) o dinámica (aplicando igualmente futuros acuerdos o modificaciones de dicho convenio colectivo), decantándose por la estática.

410.- Este artículo, se puede calificar de ser un artículo recurrente en otras Directivas o una disposición general: por ejemplo, Art 15 de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo: Disposiciones más favorables: La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales que sean más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

Otra Sentencia muy relevante en cuanto al límite de la aplicación de otro convenio colectivo es la del caso Ivana Scattolon. Esta sentencia recoge en su punto 71 que es correcto el supuesto en el que en la fecha de la sucesión empresarial termine la aplicación del convenio vigente en el cedente y comience a aplicarse el convenio en vigor en el cesionario.⁴¹¹

Igualmente, en el punto 74 de la Sentencia se refleja que cuando la Directiva establece que el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de aplicación de otro convenio colectivo, debe entenderse en el sentido de que el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa”⁴¹²

No obstante, la sentencia también esclarece que la entrada de aplicación del convenio colectivo del cesionario no puede significar, imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión.⁴¹³ Ni igualmente tampoco pueden dichos trabajadores obtener una mejora de las condiciones de retribución u otras condiciones de trabajo con ocasión de la transmisión de una empresa.⁴¹⁴

411.- Los derechos y obligaciones (originales) del personal transferido y del cedente se establecieron en un convenio colectivo, a saber, el CCNL del personal de las entidades locales, cuya aplicación quedó sustituida desde el 1 de enero de 2000, que es la fecha de la transmisión, por la del convenio colectivo vigente en el cesionario, a saber, el CCNL de escuelas. Siendo así (...), la interpretación solicitada de la Directiva 77/187 no puede referirse únicamente al artículo 3, apartado 1, de ésta, sino que, como ha indicado el Abogado General en el punto 75 de sus conclusiones, debe tener en cuenta el apartado 2 del mismo artículo, pues esa última disposición prevé en particular el supuesto de que termine la aplicación del convenio vigente en el cedente y comience a aplicarse el convenio en vigor en el cesionario.

412.- Por consiguiente, la regla prevista en el artículo 3, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 77/187, según la que «el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha [...] de aplicación de otro convenio colectivo», debe entenderse en el sentido de que el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa, incluidas las referidas a la retribución.

Alguna autora se ha hecho eco de esta sentencia y profundizando en la idea de la sucesión de convenios como *ratio decidendi*, mantiene que el TJUE viene a sentar, con carácter general, y al margen de la particular cuestión sobre el mantenimiento de la antigüedad de los trabajadores, que la aplicación inmediata al personal transferido del convenio colectivo de la empresa cesionaria no puede tener por efecto imponer a ese personal condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión.⁴¹⁵

413.- En el punto 76 se refleja que el ejercicio de la facultad de sustituir con efecto inmediato las condiciones de las que disfrutaban los trabajadores transferidos en virtud del convenio colectivo vigente en la empresa del cedente por las previstas en el convenio colectivo vigente en la del cesionario no puede, por tanto, tener por objeto, ni como efecto, imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión. En caso contrario, la realización del objetivo pretendido por la Directiva podría ser fácilmente frustrada en cualquier sector regido por convenios colectivos, lo que perjudicaría el efecto útil de esa Directiva.

414.- Por su parte, en el punto 77 se aclara que la Directiva no puede ser eficazmente invocada para obtener una mejora de las condiciones de retribución u otras condiciones de trabajo con ocasión de la transmisión de una empresa.

415.- SERRANO OLIVARES, R: "El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa: a propósito de la STJUE de 6 de septiembre de 2011 (Caso Scattolon) (TJCE 2011, 246)", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 6, 2012: Serrano mantiene que, de lo expuesto en la sentencia del TJUE se deriva que sólo es posible pretender la aplicación inmediata del convenio de la empresa cesionaria cuando éste sea en su conjunto más favorable para los trabajadores transferidos. En caso contrario, seguirá siendo aplicable el convenio colectivo de origen hasta su expiración o hasta que entre en vigor un «nuevo» convenio colectivo aplicable a la unidad transferida. En estos dos últimos supuestos, esto es, cuando el convenio de origen finalice su vigencia o, antes de que ello suceda, cuando entre en vigor un convenio nuevo afectante a la unidad transmitida, operará una suerte de sucesión convencional impropia, en cuya virtud se aplicará el convenio vigente en la empresa cesionaria incluso si en su conjunto resulta menos favorable para los trabajadores transferidos, sin perjuicio del posible mantenimiento de condiciones más beneficiosas a título personal. A nuestro entender cuando el TJUE mantiene que el por el hecho de aplicar el convenio colectivo vigente para cesionario no se puede perjudicar ni beneficiar al trabajador lo que busca el TJUE es que el trabajador no se vea afectado, por ejemplo, económicamente por el cambio de convenio. De hecho, en el asunto en concreto el TJUE mantiene el convenio del cesionario, pero estableciendo que la antigüedad ha de ser tomada en cuenta si está ligada a un abono monetario.

Una sentencia a tener en cuenta es la del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, siendo una de las pocas que se han dado en nuestro ordenamiento jurídico que mencionan la STJUE sobre el asunto Scattolon⁴¹⁶ en la que se establece que de la lectura íntegra, global y sistemática tanto de la Directiva 2001/23 como de la norma de trasposición interna como es el art. 44 ET se infiera, con toda claridad, que el objetivo de ambos preceptos es regular y garantizar que -en los diversos supuestos de sucesión de empresa- el nuevo empresario quede obligado no solo a mantener la relación laboral, sino a respetar los derechos y obligaciones derivados de dicha relación laboral, sin perjuicio de regular -también- mecanismos para, una vez producida la sucesión y la correspondiente subrogación, posibilitar la deseable homogeneización con las condiciones laborales aplicables en la empresa cesionaria, incluido el correspondiente convenio colectivo.

Así lo ha entendido la jurisprudencia comunitaria más reciente en relación a este mandato de conservación del convenio colectivo de "origen" y la posibilidad de sustitución por el de "destino". Es decir, la Sentencia mantiene que el acuerdo suscrito entre la cedente BANKIA, la cesionaria Grant Thornton Outsourcing Services, SLP, y los representantes de los trabajadores no siguió el procedimiento adecuado para cambiar el convenio colectivo de aplicación ya que se firmó antes de la transmisión, de firmarse tras la transmisión y con la representación correcta de los trabajadores, de acuerdo con el artículo 44.4 ET.

Esta línea es seguida por algún autor (Beltran)⁴¹⁶ e incluso se añade que este acuerdo es viable siempre que el convenio colectivo aplicable al cesionario sea más beneficioso que el aplicable en la compañía cedente. (Serrano Olivares)⁴¹⁷.

A nuestro entender y como estamos defendiendo el asunto Scattolon pone de manifiesto uno de los límites a la aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente, no siendo reconducible a través del artículo 44.4 ET. Además, tal y como se analizará (Vid supra cap. 4, apartado 3.4) no es viable acordar el cambio de convenio colectivo aplicable.

415.- SJ de lo Social nº 33 de Barcelona 134/2014 de 18 de marzo de 2014

416.- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I.: La aplicación de la doctrina Scattolon a nivel interno no ha sido excesiva (al menos, no he sido capaz de hallar demasiadas sentencias adoptándola). En concreto, hasta la fecha, sólo tenemos constancia de su aplicación por la SAN 14 de julio 2014 (núm. 130/2014) y la SJS nº 33 BCN núm. 134/2014 de 18 de marzo 2014 (Referencia Aranzadi: JUR 2014189927); aunque, como se apuntará, también ha sido “citada” de forma sustancial en un par de ocasiones más). A la espera de cuál pueda ser el “recorrido judicial” que pueda deparar a estos dos pronunciamientos más “recientes”, no cabe duda que la regla general (y la particular también) de la doctrina Scattolon tiene un impacto transcendental en la negociación inmediata de las condiciones de trabajo de los trabajadores transferidos. (Alineándose de esta forma al entendimiento de que la aplicación del convenio colectivo se puede negociar.) en “Subrogación de empresa y límites a la sucesión de convenios: aplicación interna de la doctrina Scattolon” Blog del autor: <http://ignasibeltran.com/2015/04/13/subrogacion-de-empresa-y-limites-a-la-sucesion-de-convenios-aplicacion-interna-de-la-doctrina-scattolon/>

417.- SERRANO OLIVARES, R.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y transmisión de empresa: la extraña pareja”, *IUSLabor* núm 2, julio 2015: Parece claro que el precepto legal 44.4 ET habilita a la empresa cesionaria a alcanzar un acuerdo de empresa para sustituir con carácter inmediato respecto de los trabajadores transmitidos el convenio colectivo de origen y aplicarles el convenio colectivo vigente en la empresa cesionaria, a condición de que tal pacto se realice una vez sea efectiva la subrogación y se negocie con la representación del personal transferido.

Un requisito adicional para la validez del pacto en contrario, que no se recoge expresamente en el artículo 44.4 ET, es que la inmediata sustitución del convenio colectivo de la empresa de procedencia no suponga la aplicación de condiciones de trabajo globalmente menos favorables para los trabajadores transferidos. El art. 3.3 de la Directiva limita el alcance temporal de la garantía del mantenimiento del convenio colectivo de origen hasta la fecha de “extinción o de expiración” del convenio de origen, o de la “entrada en vigor” o, alternativamente, de “aplicación” de otro convenio colectivo. Esta última posibilidad ha sido acogida por el legislador español y regulada en el apartado 4º del art. 44 ET, posibilitándose la inmediata sustitución del convenio colectivo de origen por el convenio vigente en la empresa cesionaria al tiempo de la transmisión mediante un acuerdo de empresa, sin necesidad de esperar a la extinción o expiración del convenio de origen, ni a la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo aplicable a la empresa cesionaria.

Con todo, es preciso establecer el alcance temporal de esa garantía de mantenimiento del convenio colectivo de origen cuando éste resulta globalmente más favorable para los trabajadores transferidos que el convenio colectivo de la empresa cesionaria. Ciertamente, no se trata de una garantía absoluta, sino que la propia Directiva y el propio artículo 44 ET nos ofrecen la solución al establecer que el mantenimiento del convenio colectivo de origen es sólo provisional, hasta que finalice su vigencia o hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo aplicable a la empresa cesionaria.

En definitiva, puede afirmarse lo siguiente:

- 1.- Que el termino “aplicación” recogido en el artículo 3.3.de la Directiva usado en la frase “entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo” significa que, las condiciones del convenio colectivo del cedente se transmiten junto con la sucesión empresarial al cesionario están limitadas en el caso de que en la empresa cesionaria existiese otro convenio colectivo de aplicación.
- 2.- Que la “aplicación” es uno de los cuatro limites que recoge el artículo 3.3 al mencionado principio de la Directiva. Dichos límites son obligatorios, no opcionales, como por el contrario sí que es opcional el que los Estados miembros pongan un límite temporal a la vigencia de la aplicación del convenio colectivo del cedente en el cesionario, siempre que no sea inferior a un año, como se estipula en el párrafo Segundo de dicho artículo 3.3 de la Directiva.⁴¹⁸
- 3.- Que los Estados miembros no pueden cambiar esta estipulación. Ello a pesar de que el artículo 8 de la Directiva faculta a los Estados miembros a aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores. Ello, porque este artículo no se refiere a modificar las estipulaciones establecidas en la Directiva, ni la filosofía de esta. Además, el Estado miembro podrá legislar y acordar aspectos que vayan más allá de las garantías que la Directiva establece para los trabajadores, pero siempre que no atenten contra la libertad de empresa del cesionario, como así se ha recogido en el Asunto Hans Werhof o en el de Mark Aleo-Herron.

418.- En contra Del Rey: recuérdese que el art. 3.3 de la Directiva señala expresamente que «Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año». Consiguientemente, no cabe duda que sea cual sea la fórmula elegida debe garantizarse un período de transitoriedad en el proceso de sucesión convencional derivada de la transmisión de empresa. DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D., SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico” *op. ult. cit.*

4.- Que se permite ajustes para que el paso de la aplicación del convenio colectivo del cedente al del cesionario sea de la forma más fluida, suave e incluso negociada posible para evitar mermas y mejoras basadas únicamente en el mero hecho de la sucesión empresarial, lo que vendrían a ser acuerdos de homologación.⁴¹⁹

1.1.7.- Límite de un año

La Directiva da la potestad a los Estados miembros para limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo del cedente, basándose únicamente en el transcurso del tiempo, pero este límite no puede ser inferior a un año. Esta última limitación es subsidiaria, puesto que se aplicaría únicamente si no se produce ninguna de las situaciones revisadas anteriormente (la expiración, extinción del convenio colectivo existente, la entrada en vigor o incluso la aplicación de un nuevo convenio colectivo, en el plazo de un año a partir de la transmisión). El TJUE ha precisado que esta estipulación no puede vaciar de contenido el párrafo primero del mismo apartado, aclarando que es un límite subsidiario. Este es el criterio que se recoge por ejemplo en la Sentencia del TJUE en el asunto Hans Werhof. Ese párrafo segundo del artículo 3.3 de la Directiva, no impide por tanto que las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo que se aplicaba al personal afectado antes de la transmisión

419.- En nuestro entender, esta estipulación no ve la luz solo en beneficio del empresario y la defensa del derecho a la libertad de empresa, sino que también puede ser más beneficioso para los empleados en general ya que alinea a los empleados a su nueva realidad de mercado, otro tema es como pasar del convenio colectivo, el del cedente, al del cesionario, es decir el paso es automático, y aplica el del cesionario, pero esto no implica que no se pueda revisar y acordar entre las partes las diferencias que pueden llegar a salir al comparar ambos convenios, ya que lo correcto es que aplique el convenio colectivo del cesionario. También es correcto que los empleados no sean perjudicados ni beneficiados por el mero hecho de la transferencia. Igualmente, no quita que pueda haber cambio en las condiciones de trabajo al pasar de un convenio a otro y aquí es donde entra en juego la disposición que también establece la Directiva por la que el empleado puede rescindir su contrato de trabajo entiendo que con causa achacable al empresario y que revisaremos en el siguiente capítulo. (Vid infra cap. IV apartado 1.1)

dejen de ser aplicables incluso inmediatamente, si se produce alguna de las situaciones previstas en el párrafo primero del mismo apartado. Es decir, que este límite que se ofrece a los Estados miembros entraría en juego si no se dan ninguna de las cuatro situaciones revisadas, solo por el mero hecho del transcurso del tiempo para limitar la continuidad del convenio colectivo aplicable de la empresa cedente, tras la fecha de la transferencia.

En la siguiente tabla puede observarse que Estados miembros han optado por añadir a su regulación el segundo párrafo del artículo 3.3 de la Directiva limitando la vigencia del Convenio colectivo del cedente al transcurso del tiempo:

Pregunta 2.2	¿Implementa la legislación nacional el artículo 3.3 limitando el periodo de observancia, de los términos y condiciones acordados en un convenio colectivo, tras la transferencia? Si la respuesta es sí, por favor indicar el período
Alemania	Si, un año
Austria	Si, un año
Bélgica	No
Bulgaria	No*
Chipre	Mínimo periodo de observancia de cualquier convenio es un año
Croacia	Si, un año*
Dinamarca	No
Eslovaquia	No
Eslovenia	Si, un año
España	No
Estonia	No
Finlandia	No
Francia	Si, un año más tres meses de preaviso
Grecia	Si, un año
Holanda	No

Hungría	Si, un año
Irlanda	No
Italia	No
Letonia	Estipulaciones del convenio colectivo no puede ser modificadas durante un año, si significan empeoramiento para el empleado
Lituania	No, excepto en procesos de bancarrota
Luxemburgo	No
Malta	No
Polonia	Si, un año
Portugal	Si, un año
Reino Unido	No
República Checa	No
Rumania	Si, un año*
Suecia	Si, un año

Puede observarse que la mayoría de los Estados miembros no se ha acogido a esta flexibilidad que proporciona la Directiva, posiblemente valorando las realidades locales en cuanto la legislación y jurisprudencia aplicable.⁴²⁰

420.- COMISION EUROPEA, Commission report on Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, Bruselas, junio 2007.

*Añadido a dicha tabla elaborada por la comisión europea y de traducción propia, basado en la legislación vigente en cada Estado miembro: Bulgaria: Código del trabajo y Milieu Ltd: "Implementation Report for Bulgaria; Rumania: Ley número 67 y Milieu Ltd: "Implementation Report for Rumania.... *op. últ. Cit*; Croacia: Acta de trabajo y The CMS Employment and Pensions Group: "Guide to Employment"... *op. últ. Cit*

1.2.- Matizaciones relevantes de la jurisprudencia

Como se ha podido observar en los puntos anteriores, la jurisprudencia juega un papel determinante en la matización de las condiciones laborales en la sucesión de empresa, por lo que conviene analizar otras resoluciones para esclarecer algunos aspectos de las mismas, en primer lugar la fecha de efectividad de la transmisión (apartado 1.2.1); en segundo lugar el carácter de las cláusulas de remisión al convenio colectivo de la empresa cedente, si deben ser dinámicas o estáticas (apartado 1.2.2); y por último Continuidad del Derecho frente a continuidad del acuerdo (apartado 1.2.3).

1.2.1.- Fecha de transmisión y responsabilidad del cesionario

Ha de señalarse que también es jurisprudencia reiterada que las normas de la Directiva deben ser consideradas imperativas.

A este respecto, procede observar que, del propio tenor literal de la Directiva resulta que la transmisión de los contratos de trabajo y de las relaciones laborales tiene lugar en la misma fecha en la que se produce la de la transmisión de la empresa. En el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 3, se atribuye a los Estados miembros la facultad de prever que el cedente continúe siendo, también después de la fecha de transmisión, y junto al cesionario, responsable de las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo o de una relación laboral. Ello supone que, en todo caso, dichas obligaciones se transfieren al cesionario en la fecha de la transmisión.

El TJUE declaró en la sentencia *Harry Berg y otros*⁴²¹, que la Directiva se debe interpretar en el sentido de que, después de la fecha de la transmisión, se extingue la responsabilidad del cedente frente a las obligaciones que resultan del contrato o

421.- STJUE de 5 de mayo de 1988. Asuntos acumulados *Harry Berg, Ivo Martin Besselsen y otros*, C-144 y 145/87

de la relación laboral por el mero hecho de la transmisión. Por razón del objetivo de protección de los trabajadores perseguido por la Directiva, dicho efecto sólo puede producirse si las obligaciones de que se trata se transfieren al cesionario desde la fecha de la transmisión de la empresa.

Con mayor detalle, en los mismos asuntos acumulados *Harry Berg y otros*, se establece la responsabilidad solidaria y venta a plazos, donde se mantiene que la transmisión de la empresa implica la transmisión de pleno derecho del cedente al cesionario de las obligaciones que resulten para el empresario del contrato o de la relación laboral, quedando a salvo en todo caso la facultad de los Estados miembros para disponer la responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario, después de la transmisión. Así pues, si los Estados miembros no hacen uso de dicha facultad, se extinguen las obligaciones del cedente como empresario por el mero hecho de la transmisión y esta consecuencia jurídica no se subordina al consentimiento de los trabajadores afectados.

En este sentido, puede afirmarse que después de la fecha de la transmisión se extingue la responsabilidad del cedente respecto a las obligaciones que resulten del contrato o de la relación laboral, incluso si los trabajadores no aceptan este resultado, o incluso si se opongan al mismo, quedando siempre a salvo la facultad de los Estados miembros para disponer de la responsabilidad solidaria a partir de la transmisión. Así, si el comprador adquiere el carácter de empresario, por obra de un contrato de compraventa a plazos, la transmisión debe considerarse como de empresa que resulta de una cesión contractual en el sentido del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva, por más que este comprador sólo adquiera la propiedad de la empresa en el momento en que ha satisfecho la totalidad del precio de venta.⁴²²

422.- Este punto se recoge igualmente en la sentencia del asunto *Daddy's Dance Hall* en su fundamento de derecho 9.

1.2.2.- Cláusulas de remisión dinámica o estática

En el asunto Hans Werhof⁴²³ se revisa el hecho de que el legislador comunitario haya querido garantizar a los trabajadores una protección particular, destinada a evitar el deterioro que pudiera resultar de la aplicación de la transferencia. A tal efecto, se garantiza el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones acordadas con el cedente. Ello, no obstante, aunque, conforme al objetivo de la Directiva, deben protegerse los intereses de los trabajadores afectados por la transmisión, no puede hacerse abstracción de los derechos del cesionario, que debe poder realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad.

La Directiva debe interpretarse en el sentido de que cuando el contrato de trabajo se remita a un convenio colectivo que vincula al cedente, el cesionario que no sea parte de tal convenio no quede vinculado por convenios colectivos posteriores al vigente en la fecha de transmisión del centro de actividad. En estos términos en el asunto Mark Alema-Herron y otros se revisa la legislación del Reino Unido sobre el derecho del trabajador frente al cesionario, basado en el derecho que tenía frente al cedente por contrato, por el cual se beneficiaba de las condiciones negociadas y acordadas por un tercero que es una entidad de negociación colectiva, es decir, se ligaba el contrato de trabajo a un convenio que aplicaba al cedente, pero el cesionario se encuentra en otro sector por lo que no puede tener ningún tipo de influencia en las negociaciones colectivas del sector del cedente.

Se examina igualmente si las medidas de transposición deben interpretarse de forma que superen las exigencias mínimas de la Directiva, favoreciendo a los trabajadores protegidos mediante el reconocimiento de derechos contractuales de carácter dinámico frente al cesionario, por lo que se pregunta el órgano británico si debe entenderse que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro están

423.- STJUE de 9 de marzo de 2006, Asunto Werhof, C-499/04.

facultados para aplicar las reglas nacionales para la interpretación de la normativa de transposición, siempre que dicha interpretación no sea contraria al Derecho comunitario, o debe aplicarse otro enfoque interpretativo.

El TJUE mantiene en la sentencia Werhof que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, cuando el contrato de trabajo se remita a un convenio colectivo que vincula al cedente, el cesionario que no sea parte de tal convenio no quede vinculado por convenios colectivos posteriores al vigente en la fecha de transmisión de la empresa.

El artículo 8 de la Directiva establece que lo dispuesto en la misma no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores. Ahora bien, la

Directiva no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores en una transmisión de empresa, sino que pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de éstos, por una parte, y los del cesionario, por otra. Más concretamente, la Directiva indica que el cesionario debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad (sentencia Werhof apartado 31).

A este respecto, debe señalarse que la transmisión de empresa controvertida en el litigio principal se ha producido entre, por un lado, una persona jurídica de Derecho público y, por otro, una persona jurídica de Derecho privado. En la medida en que se trata de una transmisión de empresa del sector público al sector privado, ha de considerarse que la continuación de la actividad del cesionario requerirá ajustes y adaptaciones importantes, dadas las diferencias inevitables que existen entre los dos sectores en lo que se refiere a las condiciones laborales (Alemo-Herron).

Sin embargo, una cláusula de remisión dinámica a convenios colectivos negociados y aprobados después de la fecha de transmisión de la empresa de que se trata, destinados a regular la evolución de las condiciones laborales en el sector público, puede limitar considerablemente el margen de maniobra que un cesionario privado necesita para adoptar esas medidas de ajuste y de adaptación. En una situación de este tipo, una cláusula semejante podría menoscabar el justo equilibrio entre los intereses del cesionario en su condición de empresario, por una parte, y los intereses de los trabajadores, por otra.

A pesar de ello, ha de señalarse que, según jurisprudencia reiterada, las disposiciones de la Directiva deben interpretarse con observancia de los derechos fundamentales enunciados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴²⁴. Así, la interpretación del artículo 3 de la Directiva debe ajustarse, en cualquier caso, a lo dispuesto en el artículo 16 de la Carta, en el que se reconoce la libertad de empresa. Este derecho fundamental comprende, en concreto, la libertad contractual, como se deduce de las explicaciones orientativas de la interpretación de la Carta, que deben tenerse en cuenta junto con otros artículos de la misma Carta como se refleja en el asunto *Sky Österreich*.⁴²⁵

A la luz de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva, y en virtud de la libertad de empresa, el cesionario debe tener la posibilidad de hacer valer de manera eficaz sus intereses en un proceso contractual en el que participe y de negociar los elementos que determinen la evolución de las condiciones laborales de sus trabajadores con vistas a su actividad económica futura.⁴²⁶

424.- Convenio europeo de derechos humanos (Fecha de entrada en vigor 1 de noviembre 1998)

425.- STJUE de 22 de enero de 2013. Asunto *Sky Österreich*, C-283/11

426.- Ha de señalarse que el cesionario de que se trata en el litigio principal no tiene ninguna posibilidad de participar en el organismo de negociación colectiva de que se trata. Por lo tanto, este cesionario no dispone ni de la facultad de hacer valer de manera eficaz sus intereses en un proceso contractual ni de negociar los elementos que determinen la evolución de las condiciones laborales de sus trabajadores con vistas a su actividad económica futura. En estas circunstancias, la libertad contractual de este cesionario se ve gravemente reducida hasta el punto de que tal limitación puede afectar a la propia esencia de su derecho a la libertad de empresa.

En definitiva, el artículo 3 de la Directiva, en relación con el artículo 8 de la misma, no puede interpretarse en el sentido de que autoriza a los Estados miembros a adoptar medidas que, a pesar de que son más favorables para los trabajadores, pueden lesionar la propia esencia del derecho del cesionario a la libertad de empresa. Así, el mencionado artículo 3 debe interpretarse en el sentido de que la norma comunitaria se opone a que un Estado miembro establezca, en el caso de una transmisión de empresa, que las cláusulas de remisión dinámica a los convenios colectivos negociados y aprobados después de la fecha de la transmisión puedan hacerse valer frente al cesionario cuando éste no tenga la posibilidad de participar en el proceso de negociación de dichos convenios colectivos celebrados después de la transmisión.⁴²⁷

1.2.3.- Continuidad del Derecho frente a continuidad del acuerdo

En el asunto Ivana Scattolon se revisó cómo debe tratarse el tema de la antigüedad. Aunque la antigüedad adquirida al servicio del cedente por los trabajadores transferidos no constituye, como tal, un derecho consolidado, que éstos puedan invocar frente al cesionario, si esa antigüedad sirve para determinar derechos económicos de los trabajadores, son estos derechos los que deben mantenerse como derechos consolidados o adquiridos, debiendo mantenerlos el cesionario. Para el cálculo de estos derechos, el cesionario estará obligado a tener en cuenta el período de empleo total, en la medida en que esta obligación derivará de la relación laboral que vinculaba al personal con el cedente. Ello conforme a los criterios acordados en el marco de dicha relación (sentencia Collino y Chiappero⁴²⁸). Por consiguiente, la regla de que el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante

427.- Por ejemplo STJUE Asunto Mark Alemo-Herron entre otras

428.- STJUE de 14 de septiembre de 2000. Asunto Renato Collino y Luisella Chiappero, C-343/98

convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de aplicación de otro convenio colectivo, debe entenderse en el sentido de que el cesionario está facultado para aplicar, desde la fecha de la transmisión, las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa, incluidas las referidas a la retribución. No obstante, la facultad de sustituir con efecto inmediato las condiciones de las que disfrutaban los trabajadores transferidos en virtud del convenio colectivo vigente en la empresa cedente por las previstas en el convenio colectivo vigente en la del cesionario no puede tener por objeto, ni como efecto, imponer a los trabajadores condiciones menos favorables. En caso contrario, el objetivo pretendido por la Directiva podría ser fácilmente frustrado.

En este sentido, la Directiva no puede ser invocada para obtener una mejora de las condiciones de retribución u otras condiciones de trabajo con ocasión de la transmisión de una empresa. La existencia de algunas diferencias salariales entre los trabajadores transferidos y los trabajadores de la empresa cesionaria al tiempo de la transmisión no es en sí contraria a la citada Directiva que únicamente pretende evitar que, a causa únicamente de una transferencia a otro empleador, los trabajadores se encuentren en una posición desfavorable comparada con la que anteriormente disfrutaban.

En definitiva, cuando una transmisión de empresa da lugar a la aplicación inmediata del convenio colectivo vigente para el cesionario, y las condiciones de retribución previstas por dicho convenio están ligadas a la antigüedad, la Directiva se opone a que los trabajadores transferidos sufran una pérdida salarial sustancial, debido a que su antigüedad adquirida al servicio del cedente, equivalente a la adquirida por trabajadores al servicio del cesionario.

2.- ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

El Estatuto de los Trabajadores transpone el artículo 3.3 de la Directiva en el apartado cuarto del artículo 44⁴²⁹, recogiendo que los trabajadores afectados seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que se fuese de aplicación en la empresa de origen⁴³⁰ al momento de la transmisión hasta: A) Fecha de expiración del Convenio Colectivo de origen (apartado 2.1); B) Entrada en vigor de otro Convenio Colectivo nuevo de aplicación a la entidad transmitida (apartado 2.2). Ambas causas sometidas a que puede haber un pacto una vez consumada la sucesión entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, de existir este pacto no haría falta llegar a dichas situaciones (apartado 2.3).

2.1.- Expiración del Convenio Colectivo de origen

La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio. (ver 86.2 ET)

En la STS 2111/2002⁴³¹, se establecen (Fundamento de Derecho séptimo y siguientes) unos criterios que aquí se revelan cruciales para entender el concepto

429.- Artículo 44.4 del ET establece que “Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”.

430.- ARETA MARTINEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.: Sucesión de empresa. *Op. ult. Cit.*: La desaparición de la empresa cedente, una vez consumada la transmisión (por ejemplo, por un proceso de fusión por absorción), no impide seguir aplicando su convenio colectivo en la empresa cesionaria a los trabajadores subrogados.

431.- STS 2111/2002 de 22 de marzo de 2002

de expiración dentro del ordenamiento jurídico español y que consiste en decidir cuándo debe entenderse extinguido un convenio a los efectos del artículo 44 ET. Se mantiene que conforme a lo dispuesto en el artículo 86.3 ET, una vez concluida la duración pactada se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio Convenio en caso de que no se establezca dicha indicación en el convenio, el precepto contiene una previsión supletoria: en defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo.

No obsta a lo anterior, la previsión del artículo 84 ET. Pues no cabe confundir el periodo de vigencia plena pactado en el Convenio, que es el contemplado por el artículo 84 ET para preservarlo de toda posible afectación por otro Convenio concurrente de distinto ámbito, con la extinción o expiración que son los términos que utiliza la Directiva 98/50 que en este punto se limita a reproducir la previsión de la anterior Directiva 77/187. Tras la denuncia, no opera ya la garantía de indemnidad prevista para los casos de concurrencia. Pero no puede sostenerse lo mismo de las cláusulas normativas que constituyen el estatuto laboral de los trabajadores afectados. Estas mantienen su vigencia por mandato del artículo 86 ET hasta la entrada en vigor de un nuevo Convenio, una vez producida la sucesión, y no antes, según se desprende de la interpretación lógica de la garantía de subrogación que establece el artículo 44 ET.

Por consiguiente, el Convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro Convenio que sea aplicable a dicha empresa.⁴³²

432.- Prosigue el TS manteniendo que, cuando la Directiva habla de "aplicación de otro convenio colectivo", no se refiere al que ya estaba vigente "ex ante" la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquella y afecte a la nueva UPA integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria. Conclusión que se refuerza si cabe, a la vista del contenido del antes citado número 4. Del artículo 44 ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001, que, aun inaplicable al caso por razones temporales, debe cumplir una evidente función orientadora, máxime cuando recoge la doctrina jurisprudencial mencionada y armoniza la legislación a la Directiva. En el nuevo precepto se alude ya expresamente al "nuevo" Convenio Colectivo que resulte aplicable tras la transmisión

La ultraactividad⁴³³ de los convenios colectivos ha sido definida por la doctrina como la situación de vigencia prorrogada forzosa, por voluntad legal o convencional, en la que se encuentra un convenio colectivo una vez denunciado y finaliza su vigencia inicialmente pactada hasta la aplicación de un nuevo convenio colectivo o laudo arbitral sustitutivo o por un determinado tiempo (un año) si no hay nuevo convenio colectivo o laudo arbitral aplicable.⁴³⁴

La novedad más importante que ha habido en los últimos años sobre la ultraactividad es precisamente ese límite temporal⁴³⁵. Según la Exposición de motivos de la Ley 3/2012⁴³⁶, el límite temporal a la ultraactividad se introduce con el fin de procurar una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos. Se introducen cambios respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del convenio. Pero, cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una “petrificación” de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio.

433.- La ultraactividad se regula en el artículo 86.3, 4º ET: “Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.”

434.- SALA FRANCO, T.: “La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos”, *La Ley* 6654/2103

435.- GOERLICH PESET, J.Mº.: “La ultraactividad de los convenios colectivos” en el foro de debate “La ultraactividad de los convenios colectivos” *CCNCC*, edición digital, 2013 pág 2, La institución de la ultraactividad fue introducida en España en 1980 cuando se vislumbró el posible problema de los vacíos duraderos que se pueden producir en la disciplina colectiva de las relaciones de trabajo, que con anterioridad, en la legislación del franquismo, no era relevante o tenía un alcance limitado por las normas sectoriales administrativas y por la propia intervención de la administración mediante un procedimiento arbitral voluntario o forzoso.

436.- Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes

En la STS 5504/2014⁴³⁷, se revisa el tema de la ultraactividad y la limitación de la misma a un año estableciendo el alcance y efectos de la misma.⁴³⁸ Esta sentencia establece que los derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia⁴³⁹. Y ello es así, no porque las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo en que se creó la relación jurídico-laboral. El convenio colectivo pierde su vigencia, por consiguiente, esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del artículo 41 ET, las limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido. Es decir, que las condiciones se mantienen en el contrato de trabajo, se contractualiza el convenio para los empleados actuales mientras que se estaría en lo mínimo para los nuevos empleados, se establece que las condiciones se contractualizaron en el momento en que se acordaron.

Algun autor ha señalado que, el argumento central de la sentencia es relativamente sencillo, pero no está exento de una cierta complejidad.⁴⁴⁰

437.- STS 5504/2014 de 22 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6638)

438.- Es un aspecto altamente relevante para los convenios colectivos y también para la implicación que pueden acarrear para los empleados afectados en una sucesión empresarial, así como para el cesionario, este concepto de la ultraactividad limitada puede volverse con la jurisprudencia del TS justo en su contra, petrificando las condiciones en los contratos de trabajo en vez de en el convenio colectivo, que era justo lo que la Ley quería evitar, tal y como reflejaba en la exposición de motivos.

439.- CIFUENTES, D.: Ultraactividad y sucesión de empresa: ¿un nuevo frente de controversia?, Newsletter Pérez-Llorca, núm. 4, julio 2015: A la vista de las discrepancias mostradas en los votos particulares de la sentencia de 22 de diciembre de 2014, no es descartable que, en el futuro, ante los numerosos casos particulares que seguramente se van a ir sucediendo, nos encontremos con que la Sala de lo Social matice su criterio. Pero hasta que eso ocurra, la doctrina sentada por la Sala de lo Social en su sentencia de 22 de diciembre de 2014 respecto de la contractualización de las condiciones convencionales desde el inicio de la relación laboral puede impactar muy significativamente en los procesos de sucesión convencional en caso de sucesión de empresa, y,

En esta sentencia, en primer lugar, se afirma la existencia de una laguna legal a la hora de regular la situación derivada del transcurso del periodo máximo de ultraactividad cuando no existe convenio superior aplicable. La laguna consiste en que el legislador no ha dicho absolutamente nada sobre la situación, sobre la cuestión relativa a cómo se regularán (cuando no hay convenio de ámbito superior) los respectivos derechos y deberes de las partes a partir de la pérdida de vigencia del convenio.

En segundo lugar, en el fallo de la sentencia presenta las dos soluciones posibles a las que, se denominan rupturista y conservacionista. Para la primera, los derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido. Por el contrario, la segunda sostiene que las condiciones laborales que venían rigiendo con

particularmente, en aquellos supuestos en lo que la empresa cesionaria no tenga convenio colectivo de aplicación o tenga convenio propio de empresa.

En este contexto y hasta que no tengamos algo de luz sobre el tema, las due diligences laborales en el proceso de compra pasan a tener una especial trascendencia ya que, a diferencia de lo que había venido ocurriendo hasta el momento, las condiciones del convenio de origen pueden suponer una carga definitiva para las nuevas empresas. Del mismo modo, los procesos de negociación de armonización de condiciones conforme al artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores, así como los procesos de modificación sustancial de condiciones de trabajo ex artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, pueden multiplicarse en el futuro al calor de la doctrina "conservacionista".

440.- DESDENTADO BONETE, A.: "Seminario sobre la ultraactividad de los convenios colectivos y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014", impartido conjuntamente por los departamentos de derecho de trabajo de las universidades complutense y Carlos III de Madrid, 15 de abril 2015:

En un estudio detallado de la STS 5504/2014 llevado a cabo por el Desdentado, el profesor honorífico recalca la complejidad del tema y analiza que este pronunciamiento tiene dos votos concurrentes - firmados cada uno por un magistrado- y dos votos discrepantes que suscriben respectivamente cinco magistrados y una magistrada. De esta forma, el resultado final es un apretado ocho a seis en el fallo

anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes.

- Se aborda la primera solución, la de la tesis rupturista o de eficiencia contractual; manteniendo que esta solución produciría en el ámbito del contrato de trabajo una alteración sustancial de sus condiciones para ambas partes, trabajador y empresario, que transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico y el equilibrio de las contraprestaciones, pudiendo dejarlo sin los requisitos esenciales para su validez, lo que resulta particularmente grave dado el protagonismo que en nuestro sistema laboral tiene el convenio colectivo. Así, se afirma que de aplicarse la tesis rupturista, se producirían indeseables consecuencias para ambas partes como, entre otras, que cualquier trabajador (con independencia de la labor desempeñada y de su titulación) pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el empresario no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido, etc. Finalmente se rechaza esta tesis dado el efecto desorganizador, caótico del vacío convencional, añadiendo, y esto resulta significativo, que una cobertura del vacío mediante una eventual defensa de las retribuciones contenidas en el convenio que ha perdido vigencia a través de la invocación de derechos fundamentales como la dignidad o igualdad, parece difícil de articular e insuficiente para paliar todos los defectos expuestos. Hay aquí frente a algunos votos particulares una afirmación contundente: la limitación de la ultraactividad -incluso en la hipótesis del vacío convencional - no vulnera la Constitución.
- Se aborda la segunda solución, la de la tesis continuista, desde una defensa inequívoca de la integración del contenido convencional, lo que es, la base de

la contractualización.⁴⁴¹ Las condiciones laborales de un trabajador pasan, a “su contrato de trabajo”, pues éste tiene, una función no solo constitutiva, sino también reguladora. Se mantiene que la función de las normas superiores en la escala de las fuentes es meramente secundaria o de control, una función que la sentencia acaba denominando nomofiláctica. De forma que, si las condiciones contractuales no respetan los límites de derecho necesario establecidos por las normas estatales y/o convencionales colectivas se entenderán nulas de pleno derecho, pero el contrato de trabajo permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados.

La función nomofiláctica es una función de control, significa que las obligaciones de las partes se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el artículo 9.1 del ET”.⁴⁴²

441.- No obstante, mantiene Desdentado (“Seminario sobre la ultraactividad de los convenios colectivos...” *op. ult. cit*) que ese avance se realiza con dificultad. El punto de partida del razonamiento es el art. 1255 CC, precepto aplicable en el ámbito laboral y que consagra el principio de la autonomía de la voluntad. Con él se enlaza el Art. 3 del ET, del que se nos dice, con exactitud, qué relaciona las fuentes reguladoras de la relación laboral tanto en sentido normativo como en el obligacional.

442.- esta función reguladora del contrato se cumple tanto cuando “se celebra por escrito como si se hace de palabra, dado el principio general de libertad de forma que –con las debidas excepciones- establece el art. 8 del ET”.

Artículo 9.1: Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley.

Continúa diciendo la sentencia que “este equívoco viene propiciado, además, por la enorme frecuencia con la que las partes que celebran un contrato de trabajo, en lugar de reproducir las normas legales y convencionales que entienden aplicables, acuden a la técnica de la remisión para establecer las condiciones laborales”, indicando que por ejemplo “serán las que deriven del convenio colectivo aplicable”. Pero para la sentencia dicha remisión es solo una técnica que no elimina el carácter contractual de la fuente de las condiciones laborales resultantes de la misma.

El balance que se ha hecho de la sentencia es que⁴⁴³:

- La sentencia ha optado por una solución moderada: la contractualización con pérdida del carácter normativo de las condiciones de trabajo, que no tendrán ya que ser modificadas por la vía del artículo 82.3 ET y que no podrán aplicarse a los trabajadores de nuevo ingreso.

- La sentencia, sea por la articulación del recurso o por alguna otra razón, deja en la sombra dos temas de gran importancia: 1º) si la contractualización se refiere a toda la regulación convencional o debe limitarse solo a las cláusulas que directamente asumen la ordenación del vínculo contractual en sentido estricto, sin extenderse a otras, como las relaciones colectivas o el contenido obligatorio entre las partes negociadoras, aparte de la exclusión expresa de los compromisos de limitación de la huelga y 2º) si la conservación del régimen contractual es estática o dinámica.

- Sobre el fin de la ultraactividad, que impone la ley mantiene que es compatible con lo que entendemos por contractualización, ya que:

- 1) el lugar del convenio vencido no ha sido ocupado por otro, con lo que no hay colisión de normas en el tiempo

- 2º) las condiciones del convenio vencido no se aplicarán a las nuevas relaciones laborales

- 3º) esas condiciones no subsisten como objeto de una regulación de carácter normativo, pues han pasado a tener carácter meramente contractual

- Resalta que lo que se pone en duda, por los adversarios de la contractualización, es que el contenido del convenio colectivo se haya incorporado al contrato de trabajo, es decir, se cuestiona la realidad misma de la contractualización como operación de paso de la norma al contrato.

443.- Desdentado, A.: "Seminario sobre la ultraactividad de los convenios colectivos..." *op. últ. cit*

- La contractualización parece que es una hipótesis cuestionable ya que lo que dice el artículo 3 ET es que: 1º) el contrato de trabajo no puede establecer condiciones de trabajo inferiores a las legales y convencionales; 2º) puede, por el contrario, establecer condiciones superiores; y 3º) si no establece esas condiciones de forma expresa, las aplicables serán las que procedan conforme a las leyes y al convenio aplicable. Es importante recordar lo que dice el precepto “y se entenderá completado (el contrato) con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el nº 1 del artículo 3 del ET”. El contrato se “completa”; es decir, “se añade” a él la regulación legal o convencional. Hay, pues, contractualización.⁴⁴⁴

Algún otro autor, mantiene que con esta STS se puede abrir un camino totalmente nuevo y conflictivo en cuanto a la naturaleza del convenio colectivo. Aunque reconoce que también puede limitarse a haber solucionado un caso concreto sin que tenga más repercusiones sobre la naturaleza del convenio colectivo.⁴⁴⁵

444.- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Ultraactividad: ¿la contractualización de un convenio colectivo es realmente predicable desde “el primer minuto”? (STS 18/10/16)”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 150, noviembre 2016: Aunque se afirma que la contractualización es efectiva “desde el primer minuto”, en realidad, queda “en suspenso” inmediatamente (sin solución de continuidad). Y ello es así porque el hecho de que sólo se “active” si se cumple una condición (no existencia de convenio colectivo superior aplicable – incertus an) evidencia que, en realidad, “desde el primer minuto” permanece en estado “latente” (no contractualizándose el convenio colectivo).

Si esta característica (la contractualización) fuera efectivamente “ab origine”, lo razonable (a mi entender) sería que se proyectara realmente desde “el primer minuto”, al margen, por tanto, de la eventualidad que supone que exista o no un convenio colectivo de ámbito superior.

445.- CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: “Perspectivas de la evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo” *XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AEDTSS), Ediciones Cinca, Madrid 2015.

Otros autores, mantienen que esta STS ha puesto en cuestión elementos conceptuales esenciales que cuestionan hasta la naturaleza misma del convenio colectivo y contradice su propia doctrina anterior sobre la naturaleza colectiva del convenio. Por salvar las condiciones de un Convenio extinguido, contractualiza, rebaja el rango y la categoría de reglas colectivas de los convenios colectivos estatuarios y mantienen que la función de la jurisprudencia en un país como el nuestro, debe huir de que la argumentación para la resolución de un caso concreto se convierta en una conmoción en los pilares de un sistema de relaciones laborales.⁴⁴⁶

La STS 5504/2014 tiene una alta relevancia pudiendo marcar un antes y un después tanto en la naturaleza de los convenios colectivos como en la institución de la negociación colectiva en sí. Desde que dicha STS vio la luz no se ha tenido que volver a posicionar el TS de forma directa sobre algún asunto similar validando o cambiando la precepción de la corriente de la contractualización, no obstante, si ha habido sentencias donde este criterio se ha tenido en cuenta.

El legislador en la modificación llevada a cabo por la Ley 3/2012 busca: 1) que las negociaciones no se dilaten en el tiempo, pretendiendo incluso que la renegociación se adelante; 2) que si hay problemas para llegar a un acuerdo se evite la petrificación de las condiciones de trabajo. Tanta es la intención de querer meter presión a las partes que cuando la regulación vio la luz como Decreto-Ley en febrero, el límite era de dos años, cuando se regularizó como Ley en julio el límite paso a ser de un año. Parece, no obstante, que el intento del legislador de no petrificar las condiciones de

446.- FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F., Y VEGA LOPEZ, J.: “La pérdida de vigencia del convenio ultraactivo y el régimen de las condiciones de trabajo” *en prensa* y CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J: “Perspectivas de la evolución...” op. últ. cit

trabajo establecidas en los convenios colectivos se ha vuelto paradójicamente en su contra en los casos en los que finalice la ultraactividad y no exista un convenio colectivo superior de aplicación, ya que en este caso las condiciones pasan al contrato de trabajo siguiendo el criterio de la contractualización, secundado por las STS 3185/2016⁴⁴⁷, y la STS 4798/2016⁴⁴⁸

En lo referente al salario de los trabajadores, por utilizar un ejemplo, habrá contractualización si se dan las siguientes situaciones:

1.- Se denuncia el convenio

2.-Pasa un año desde la denuncia sin acuerdo o sin laudo arbitral y se da el convenio colectivo por “vencido”

(Cabe apuntar que la doctrina y jurisprudencia han mantenido que hay “dos momentos para pactar una ultraactividad distinta de la legalmente prevista; en el propio convenio colectivo y durante el periodo de ultraactividad misma antes de finalizar ésta”⁴⁴⁹. Opinión sostenida por el TS en la STS 3510/2014⁴⁵⁰).

3.- No hay convenio colectivo superior

(Que se dé esta variable parece un tanto peculiar, ya que estamos diciendo que la actividad a la que se dedica la empresa no tiene cabida en ningún convenio colectivo a nivel nacional, por ejemplo, en el caso en el que ha

447.- STS 3185/2016 a 18 de mayo de 2016 (RJ 2016\3533).

448.- STS 4798/2016 de 8 de octubre de 2016.

449.- SALA FRANCO, T.: “La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos”, *op. últ. cit*; GOERLICH PESET, J.M^a,: Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; SALINAS MOLINA, F.: “La ultraactividad de los convenios colectivos”, Ponencia en las XXVI jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 2015, en prensa.

450.- STS 3510/2014 de 8 de julio de 2014, (RJ 2014\4522).

recaído la STS analizada, Atese Atención y Servicios S.L. en su página web⁴⁵¹ dice que “forma parte del Grupo Trablisa, cuya actividad principal se centra en la prestación de una serie de servicios diferentes al ámbito de la seguridad privada. Atese colabora con sus clientes en el diseño de sus procedimientos organizativos, buscando que las empresas puedan dedicarse exclusivamente a su actividad profesional, despreocupándose de aspectos que para ellos deberían ser complementarios. Los servicios que vienen desarrollando los auxiliares de servicios en los establecimientos de nuestros Clientes son: servicios protocolo y comunicación, servicio de atención telefónica, servicios de portería y conserjerías, servicios de operación de centros de control, servicios de control de tránsito, servicios de limpieza”) ⁴⁵²

4.- En el contrato de trabajo no hay mención al sueldo y no se está abonando un sueldo por encima del sueldo establecido en el convenio colectivo

5.- Las condiciones del convenio colectivo que se extinguen tras la ultraactividad y el sueldo se incorporan al contrato de trabajo

Como puede observarse, el análisis de la Sentencia la STS 5504/2014 puede llegar a ser profundamente relevante en los supuestos de sucesiones de empresas, ya no solo por la ultraactividad en sí que puede aplicar en algunas situaciones, sino también porque al consolidar la teoría de la contractualización podría llegar a afectar a la esfera de la sucesión empresarial. Es decir, si por ejemplo nos encontramos ante un convenio colectivo que concede 30 días de ausencia retribuida por matrimonio y esto se incorpora al contrato en vez de mantenerse en el convenio colectivo, cuando pase a otra empresa, otro sector donde aplican 15 días por matrimonio si está en el contrato se mantendrá como condición del empelado para

451.- <http://www.trablisa.es/empresas-del-grupo/atese/> , Febrero 2017

452.- ESTEVE SEGARRA, A.: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Editorial Tirant lo Blanch, 2016: Posibles criterios de selección de un convenio colectivo aplicable: 1º) Aplicar el convenio colectivo de la actividad principal de la empresa multiservicios. 2º) Aplicar el convenio colectivo de la empresa principal o cliente. 3º) Aplicar el convenio sectorial correspondiente a la actividad objeto de contrata.

siempre (o hasta que un futuro convenio lo mejore) mientras que si la condición reside en el convenio esta se modificara cuando se modifique el convenio por alguna de las causas que estamos analizando en este estudio.⁴⁵³

2.2.- Entrada en vigor de un Convenio Colectivo nuevo, de aplicación a la entidad transmitida

En cuanto a la entrada en vigor y qué se entiende cómo de nueva aplicación de un convenio colectivo, el legislador español, la jurisprudencia española y la doctrina entienden que el nuevo convenio colectivo debe surgir de una nueva negociación colectiva y no una simple actualización del convenio anterior.⁴⁵⁴

La posibilidad por la que mediante el convenio colectivo posterior al cambio de titularidad de la empresa podía procederse a la regulación homogénea de condiciones de trabajo, mediante, en su caso, las compensaciones oportunas de las condiciones más beneficiosas precedentes de carácter colectivo, no adquiridas a título exclusivamente personal⁴⁵⁵, como se refleja en la STS 6688/2002.⁴⁵⁶

453.- En este sentido asegura el profesor Beltran de Heredia la citada contractualización repercutirá, en cambio, de forma notable en la sucesión de convenios en el marco de una sucesión de empresa, pues, el pacto alcanzado con ocasión de la sucesión, la aplicación del convenio colectivo de la cesionaria a los trabajadores transferidos por expiración del convenio de la cedente, o bien, la entrada en vigor de un nuevo convenio de la cesionaria sólo afectarán a éstos si efectivamente mejoran sus condiciones de trabajo, basándose en la exposición del voto particular del Magistrado de Castro Fernández en la mencionada STS, donde mantiene que si se contractualizan desde un inicio las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo se imposibilita toda negociación que no lleve a mejorar, cuando menos a equiparar, la regulación colectiva. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. "Sucesión de convenio colectivo en caso de subrogación de empresa e interpretación judicial (TJUE y TS)". 2015, *Blog del autor*: <http://ignasibeltran.com/2015/06/01/sucesion-de-convenio-colectivo-en-caso-de-subrogacion-de-empresa-e-interpretacion-judicial-tjue-y-ts/>

454.- ARETA MARTINEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.: Sucesión de empresa. *Op.. últ. Cit.*: La expresión "otro convenio colectivo nuevo" comprende el acuerdo de mediación ante el SIMA que se hubiera alcanzado en la empresa cesionaria después de la transmisión, porque tiene la misma eficacia que un convenio colectivo (Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales V artículo 16.1 párrafo 1)

Tal y como se desprende del literal del precepto estatutario, debe tratarse de un nuevo convenio colectivo negociado y pactado tras la sucesión. En este sentido, no puede asimilarse la prórroga del convenio colectivo con la entrada en vigor de otro convenio nuevo, puesto que aquélla no significa aplicar un nuevo convenio colectivo, sino que representa la ampliación tácita de la vigencia inicialmente pactada. Por otra parte, la negociación del nuevo convenio colectivo será participada por los representantes de los trabajadores afectados por el traspaso empresarial, de manera que será la eficacia del nuevo convenio colectivo la que obligará a someterse a sus condiciones.⁴⁵⁷

Así, lo ha entendido la jurisprudencia cuando señala que, no se refiere al que ya estaba vigente «ex ante» la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquélla y afecte a la nueva unidad productiva, integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria.⁴⁵⁸

Por otra parte, se trata de una situación en la que no se produce una concurrencia de convenios colectivos, de forma que el nuevo convenio colectivo comprenderá no sólo los de nivel empresarial, o inferior, sino también el supraempresarial. De igual manera, el convenio colectivo de la empresa cedente a sustituir puede ser tanto empresarial, o inferior, como supraempresarial.

Cuando la sucesión convencional se produce por causa de la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo, éste se convierte, a efectos legales, en el convenio sucesor, por lo que, a las relaciones entre ambos convenios, el que regía para los trabajadores en el momento del traspaso y el nuevo, les serán de aplicación, con todas sus consecuencias, las reglas establecidas en los arts. 82.4 y 86.4 ET. Podrá, por consiguiente, el nuevo convenio disponer de las condiciones de trabajo

455.- DEL REY GUANTER, S.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa...” *Op. ult. Cit.*

456.- STS 6688/2002 de 11 octubre 2002 (RJ 2002\10682)

457.- MARÍN CORREA: “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva 2001/23/CE”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº48, 2002, p. 95.

458.- STS 5849/2003 de 30 septiembre 2003 (RJ 7450).

contempladas en el convenio aplicable en la empresa cedente como se establece en la STS 237/1997⁴⁵⁹, el convenio colectivo no crea condiciones más beneficiosas; ahora bien, aquellas condiciones que efectivamente a título individual o colectivo pudieren gozar los trabajadores de la empresa cedente no podrán dejarse sin efecto ni por la voluntad unilateral del empresario ni a través del nuevo convenio colectivo aplicable a la cesionaria. No obstante, en tal caso las condiciones más beneficiosas que pudieran tener los trabajadores de la empresa cedente se verán afectadas por las vicisitudes derivadas de las cláusulas de absorción o compensación que se prevean en los convenios colectivos.

En la hipótesis en que la regla de sucesión provenga de la expiración de la vigencia del convenio colectivo de la empresa cedente o negociado un nuevo convenio colectivo, sus condiciones de trabajo dejan de ser de aplicación a los contratos de trabajo de los trabajadores afectados, para pasar a ser de aplicación a los mismos las condiciones de trabajo previstas en el nuevo convenio colectivo de aplicación.

La jurisprudencia española revisa el concepto de entra en vigor de un convenio colectivo nuevo en la STS 2324/2014⁴⁶⁰, siendo estos los puntos más relevantes:

- El demandante trabajaba como escolta para la compañía de seguridad EULEN con determinadas condiciones laborales, especialmente el cobro de un determinado "plus de actividad".
- En la empresa EULEN era de aplicación el Acuerdo suscrito entre EULEN SEGURIDAD S.A. y el Comité de Empresa el día 18 de octubre de 2007 en el que se fijaban las percepciones salariales.
- El 1 de junio de 2012 la compañía de seguridad OMBUDS sucedió a la anterior y se subrogó como nueva empleadora en el contrato de trabajo.

459.- STS 237/1997, de 20 enero 1997 (RJ 618).

460.- STS 2324/2014 14 de mayo de 2014 (RJ 2014\3070)

- Antes de producirse dicha subrogación, se había acordado por la empresa (OMBUDS) y por los representantes legales de los trabajadores de la misma, en fecha 22 de mayo de 2012, iniciar el período de "renegociación del Pacto de Empresa sobre jornada de trabajo y condiciones salariales para los servicios de protección personal concertados con el Ministerio del Interior", que venía rigiendo desde el 16/12/2010.
- Se mantuvieron reuniones de negociación los días 22 y 30 de mayo, 4, 7 y 17 de junio de 2012 y, finalmente, se adoptó el 18 de junio de 2012 -con efectos de 1 de junio de 2012.
- En dicho nuevo "Pacto de Empresa" se estableció que los trabajadores que, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 14 del Convenio Colectivo de las Empresas de Seguridad, se hayan visto afectados por una subrogación de servicios, a resultas de la cual se hayan integrado en la plantilla de Ombuds Compañía de Seguridad, S.A., se regirán en adelante, en cuanto a sus condiciones salariales y de jornada de trabajo, por lo dispuesto en el presente Acuerdo, que, a estos efectos, constituye un pacto de homogeneización de condiciones de trabajo suscrito en los términos del artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores.
- En aplicación de dicho acuerdo, el trabajador demandante -como todos los demás procedentes de EULEN- no percibió en ningún momento -puesto que al citado Acuerdo se le dio efectos de 1 de junio de 2012, el mismo día de la subrogación- los salarios que percibía en EULEN sino otros distintos y de menor cuantía.
- El tribunal mantiene que el precepto deja claro que ese "pacto en contrario" de la conservación del convenio colectivo -si es que existe- que regulaba las relaciones laborales de los trabajadores que han sido objeto de subrogación debe hacerse "una vez consumada la sucesión" y cuando estos trabajadores estén debidamente representados en la nueva empresa.
- Aquí lo que se ha hecho, según la Sentencia es un "Pacto de Empresa" -de carácter extraestatutario- que se comienza a negociar con el propio Comité

de Empresa antes de la subrogación, aunque se culmina después, dándole efectos desde el 1/6/2012, coincidiendo así con la fecha de la subrogación.

- Se ha llevado a cabo un procedimiento en el que para nada se ha aludido siquiera a las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que deberían justificar las modificaciones realizadas.
- Un procedimiento, en suma, cuyo resultado final es que ni un solo día se ha respetado lo que prescribe el artículo 44.1 ET para supuestos de sucesión empresarial: "quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior".

Esta STS se revisa en la STS 698/2015⁴⁶¹ por la que se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Ombuds y donde se vuelve a recalcar que el acuerdo alcanzado en la empresa con fecha 18 de junio de 2012 no puede tener la eficacia pretendida por la empresa, por varias razones:

- Tal pacto es el fruto de un proceso negociador iniciado en una fecha anterior a la fecha en la que se produjo la subrogación.
- No sólo se trata de un acuerdo cerrado en un cortísimo lapso de tiempo inmediato posterior a dicha subrogación, sino que, además, incluye un efecto retroactivo que hace que, a la plantilla objeto de la subrogación, se le apliquen las nuevas condiciones desde el primer día de la prestación de servicios para la empresa entrante.
- Eludiendo una de las garantías inherentes al mecanismo subrogatorio. De esta forma la sucesión empresarial se produce con alteración de las condiciones para los trabajadores, contraviniendo así las disposiciones convencionales y legales que consagran aquellas garantías.
- No consta que el acuerdo hubiera sido adoptado tras incluir la negociación con la representación de la plantilla subrogada; circunstancia, por otra parte, difícil, dada la premura en su adopción.

461.- STS 698/2015 a 11 de febrero de 2015

- No se hace alusión a la utilización de la vía del artículo 41 ET. Ni se mencionan algunas de las causas legales, ni consta que se siguiera el periodo de consultas en los términos que dicha disposición impone.
- Tal periodo de consultas, debiera de haberse iniciado una vez integrada la plantilla subrogada y, por tanto, con la posibilidad de que dicha plantilla estuviera representada. Como hemos indicado, no consta que la comisión negociadora integrada a partir del 22 de mayo se viera alterada por la circunstancia de que la empresa asumiera la contrata de EULEN. Es cierto que cabe la posibilidad de que dicha integración de trabajadores acabara arrojando el mismo resultado de representatividad social, pero ello solo sería constatable una vez tal subrogación se hubiera hecho efectiva.
- En todo caso, nada se indica en el acuerdo final sobre esa circunstancia sobrevenida durante el proceso de negociación. El citado pacto sigue refiriéndose a la modificación de un acuerdo colectivo anterior que, por razones cronológicas evidentes, no era aplicable a los trabajadores que después pasan de EULEN a la empresa demandada.
- No cabe oponer que en la Disposición Final Segunda del pacto se haga referencia a los afectados por una subrogación, pues se trata, en todo caso, de aquellos que lo fueron por una subrogación anterior a esta concreta negociación, respecto de los cuales sí sería admisible la homogenización de condiciones al amparo del artículo 44.4 ET.

En las presentes Sentencias se mezclan varios conceptos, por un lado, el potencial acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, así como la validez de los mismos, por otro un potencial convenio colectivo, nombran las justificaciones para una modificación según el art 41 ET y aderezado además con el aspecto temporal que como mantiene el TS ni siquiera ha aplicado un día las condiciones que tenía en la empresa de origen, por lo que se analizará por concepto:

1.- Sobre los convenios: Hay autores que mantienen que la entrada en vigor de un convenio nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida es una circunstancia que puede provocar el fin de la aplicación del convenio de origen. Dos

consideraciones pueden hacerse al respecto, por una parte, que el convenio colectivo cuya entrada en vigor conlleva la inaplicación del que venía aplicándose a los trabajadores transferidos, tiene que ser un convenio nuevo, negociado y pactado tras la sucesión, bien como renovación del que se viniera aplicando en la cesionaria, bien celebrado en otra unidad de negociación distinta que afecte a la empresa cesionaria, por otra parte, debe tratarse de un convenio aplicable a la entidad económica transmitida. Si esto ocurre se produce una verdadera sucesión de convenios, por lo que a las relaciones entre convenio de origen y el sucesor les serán de aplicación las normas sobre sucesión de convenios artículos 82.4 y 86.4 ET, de manera que el nuevo convenio podrá disponer de las condiciones de trabajo contempladas en el convenio que venía siendo aplicable a los trabajadores transferidos.⁴⁶²

Otra cuestión que se plantea es el alcance de la expresión Convenio colectivo, empleada por el legislador en el artículo 44.4 ET en el sentido de si hay que entenderla restringida a los convenios estatutarios o afecta también a los convenios extraestatutarios.⁴⁶³ La postura más razonable y respetuosa con la eficacia del convenio colectivo, sería limitar el efecto del precepto a los convenios que gozan de eficacia normativa, es decir a los estatutarios o del Título III ET, de lo contrario la norma estaría vulnerando la propia naturaleza puramente obligacional o contractual del convenio extraestatutarios, desbordando su ámbito de aplicación por la vinculación de un sujeto no negociador. No obstante, se puede mantener la vinculación del nuevo empresario a lo pactado por su predecesor en un convenio extraestatutario, no en virtud del artículo 44 ET sino por aplicación del principio subrogatorio establecido con carácter general en la normativa sucesoria, en virtud del cual el nuevo empresario pasa a ocupar la posición del anterior en sus relaciones

462.- ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, Thomson Reuters, editorial Aranzadi, España 2011, ISBN 978-84-9903-051-7, págs. 255-280

463.- SERRANO OLIVARES, R.: Modificación sustancial de condiciones de trabajo y transmisión de empresa: la extraña pareja, IUSLabor núm 2, 2015: Respecto a la posible aplicación de la comentada regla de sucesión de convenios del artículo 44.4 ET a los supuestos de sustitución de un pacto de empresa extraestatutario, cabe sostener que, de acuerdo con la doctrina iuslaboralista mayoritaria, tal regla resulta únicamente aplicable a los supuestos de “sucesión” de convenios colectivos estatutarios.

jurídicas con los trabajadores, quedando vinculado en los mismos términos que el empresario anterior.

Otros autores mantienen que el significado que deba darse a la expresión convenios colectivos que serán de aplicación tras consumarse la transmisión de empresa, siendo claro que la referida expresión debe incluir los convenios y acuerdos contenidos en el Título III del ET. Desde la lógica del artículo 44.4, esto es, la continuidad temporal de las expresiones colectivas dotadas de eficacia, deberá realizarse una interpretación extensiva de la expresión empleada por el legislador, de manera que, la continuidad transitoria que se predica de los “convenios colectivos” incluirá también a los acuerdos de empresa contemplados en el Título I (artículos 40, 41 y 51 ET), así como otras manifestaciones de la negociación colectiva de las que pueda predicarse eficacia normativa, como refleja la STSJ Canarias/Las Palmas 30 julio 2004 (AS 2456)⁴⁶⁴, manteniendo que deberá continuar aplicándose a la UPA el acuerdo que puso fin a la huelga y que contenía condiciones de trabajo que resultaban de aplicación general que el convenio colectivo.⁴⁶⁵

Sobre el convenio colectivo o potencial pacto, la estructura salarial viene de un convenio de empresa tal y como se refleja como un hecho probado en la sentencia. Si hay un nuevo convenio colectivo se puede entender que las condiciones anteriores de los empleados transferidos no tienen que aplicar tal cual, pues los convenios anteriores, tanto el de la empresa cedente y de la cesionaria ya no son de aplicación, otra cosa es como se produce la armonización.

2.- Plazos: En lo referente a que ni siquiera ha aplicado un día las condiciones que tenía en la empresa de origen, el ET no establece un mínimo de días, sí que dice que una vez que se produzca la transferencia. Se puede estar seguro de que el hecho que coincida no ha sido aleatorio, más que nada porque los representantes de los trabajadores de la nueva empresa deberían conocer el traspaso con detalle, tal y como recoge el artículo 44.6 del ET por el que el cedente y el cesionario deberán

464.- STSJ Canarias/Las Palmas 30 julio 2004 (AS 2456)

465.- DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D., SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico...”. *op. últ. cit*

informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos: a) Fecha prevista de la transmisión; b) Motivos de la transmisión; c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.

Las negociaciones colectivas llevan su tiempo y ven la luz cuando es viable, por ello no se debería someter la validez del mismo de cara a los empleados transferidos a si ha pasado un día, un mes o un año desde la transferencia, porque esto no se recoge en el ET. Por otro lado, si el convenio colectivo no fuese de empresa, fuese de sector, habría que plantearse si dejaría este de aplicar si coincide en el tiempo con la transferencia, o si al cambiar de sector habría igualmente que plantearse si los representantes elegidos en este sector les representan.

3.- Representación: La representación va ligada al poder de negociación del nuevo convenio colectivo, hay autores⁴⁶⁶ que mantienen que se puede dar una falta de adecuación a la Directiva relevante en los supuestos en los que la empresa cesionaria, en la que se integran, carezca de representación unitaria, puesto que, en el caso de que ésta exista, los trabajadores de la empresa cedente pasarán automáticamente a ser representados por los órganos unitarios de la cesionaria.⁴⁶⁷ Siempre cabrá la posibilidad de realizar los ajustes necesarios en la representación del personal a través de la promoción parcial de elecciones y que seguramente resultará más adecuado aplicar los mecanismos legalmente previstos para el supuesto específico del convenio colectivo de franja: los representantes sindicales designados en asamblea por los trabajadores de la empresa cedente.⁴⁶⁸

466.- DEL REY GUANTER, S.: "El régimen jurídico...." *op. últ. cit*

467.- MENDEZ, L.: "El nuevo artículo 44, número 4, del Estatuto de los Trabajadores: convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de empresa", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 111, 2002, p. 369;

468.- GORELLI HERNÁNDEZ, J.; "Transmisión de empresa y convenio colectivo aplicable", *Relaciones Laborales*, nº13, 2003, p. 29.

Se puede entender que el TS pida dichos requisitos, el de revisar la representación y el de que las negociaciones empiecen de cero, aunque pueden ser cuestionados por la práctica que de forma común se lleva a cabo en nuestro país⁴⁶⁹. Esta práctica, junto con la obligatoriedad que establece el artículo 44.6 ET, de tener que informar a ambos representantes de los trabajadores, tanto del cedente como del cesionario, hace palmario que todas las partes están informadas y son conocedoras de lo que va a acontecer, máxime si tal como estipula el artículo 44.5 ET, cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad, por lo que de darse este supuesto, los empleados transferidos ya estarían representados.

Ha de señalarse que, en muchas ocasiones, aunque a la empresa cesionaria le interesara armonizar los términos y condiciones de ambos grupos de trabajadores, no quiere decir que lo intente a costa de enfrentarse a los empleados transferidos, los cuales en tantas ocasiones son críticos para poder dar el servicio contratado o para llevar a cabo la visión por la que la cedente se ha hecho con la UPA. En externalizaciones u outsourcing es común que el cedente tenga en cuenta cómo se va a tratar a la platilla que pasa al cesionario, incluso para decidirse por un proveedor o por otro, no solo porque son trabajadores que han sido parte de su empresa, sino porque además van a seguir dando un servicio al cedente, ahora ya no como empleador, sino como cliente.

469.- Donde lo habitual es que las representaciones unitarias de una y otra empresa, al igual que los sindicatos hablen entre sí nada más anunciarse el negocio jurídico que da pie a la sucesión empresarial, de hecho en los contratos de externalizaciones esta acción de hablar entre los representantes se lleva a cabo hasta antes de que el negocio jurídico se lleve a cabo, también es común que se pida a las que serán empresas cedentes que incluso hablen con los empleados de la cedente que estarán afectados por la sucesión y con su representación si es que la hay.

Empezar las negociaciones de cero tras la transmisión y revisión de la representatividad, parece demorar el ciclo de vida de los convenios de forma no del todo necesaria, aún más en nuestro ordenamiento jurídico dado que no se acepta la “aplicabilidad” expuesta anteriormente, cuando hay un cambio de sector y el convenio colectivo de aplicación sigue siendo el del cedente a pesar de que pueda perjudicar a todas las partes, trabajadores incluidos. Es decir, si en el sector se está negociando un convenio colectivo que ve la luz al día siguiente de la sucesión, este debería aplicar a los empleados transferidos a pesar de que no se mantenga ni un día su convenio de origen.

Cuando se negocian los convenios colectivos se les da una vigencia de años. De ahí la importancia de la ultraactividad, el no permitir que los empleados transferidos se suban al carro del convenio de su nuevo sector durante años es un menoscabo más que se lleva a cabo en nuestro ordenamiento frente a otros Estados miembros y frente a lo que la Directiva establece.

Como vemos, la entrada en vigor de un convenio colectivo nuevo que se refleja en la jurisprudencia comunitaria tendría alguna matización en la jurisprudencia nacional, ya que el TJUE permitiría que coincidiese la fecha de transferencia con la de entrada en vigor de un convenio nuevo, en el asunto Enes Deveci, se establece que la Directiva no impide que el cesionario aplique a los trabajadores traspasados el un convenio colectivo después de la transmisión si dicho convenio colectivo resulta aplicable con arreglo a la legislación nacional. Como se ha podido observar, el TS mantiene que esto no puede ser así. No se establece tiempo, pero las negociaciones tienen que empezar de cero tras la sucesión y antes de iniciarse esta tiene que estar claro quiénes son los interlocutores por parte de los trabajadores, es decir, hay que ver quiénes son los nuevos representantes de los mismos en la empresa cesionaria, que puede incluso que hasta sean los mismos que lo eran antes de la sucesión, pero hay que hacer el ejercicio de ver quien ostenta la representación adecuada antes de proceder a la negociación. Entendemos que esta regla del TS no es de aplicación para los nuevos convenios del sector, los cuales sí deberían aplicar, aunque coincidiesen en la fecha con la transmisión, no obligando a las partes a estar sometidas a la aplicación del convenio del sector del cedente hasta el siguiente convenio.

2.3.- Pacto establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores

Esta posibilidad que establece el Estatuto es un añadido a la transposición de la Directiva. Hay autores que mantienen que la continuidad de los efectos de la norma paccionada puede eliminarse mediante pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión, pacto realizado mediante acuerdo entre el cesionario y los representantes de los trabajadores. De este modo el artículo 44 ET deja abierta a la voluntad de las partes la determinación del convenio colectivo que deberá aplicarse a partir del momento de la transmisión, y, en su caso, la solución de una eventual situación de concurrencia de convenios.⁴⁷⁰

470.- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo* Vigésima edición Tecnos, Madrid 2016.

- Haciéndose eco de lo novatorio de esta estipulación y a favor del acuerdo: GARCÍA ROMERO, B.: "Consideraciones críticas sobre el acuerdo de empresa tipificado por el art. 44.4 ET", *Aranzadi Social* num. 17, 2002: resulta evidente la disparidad que existe entre la regulación nacional y comunitaria, pues el artículo 3.3 de la Directiva no menciona la posibilidad de excluir la aplicación del convenio aplicable a la empresa cedente por medio de acuerdos de distinto rango, cual es el caso del «pacto en contrario» suscrito por los representantes de los trabajadores y el cesionario una vez consumada la sucesión, al que sin embargo sí alude expresamente el artículo 44.4 ET. En cualquier caso, el pacto que excluye la aplicación del convenio de la empresa cedente, autorizado por el artículo 44.4 ET, constituye una nueva modalidad de acuerdo de empresa.

- A favor del acuerdo: GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "La concurrencia de convenios colectivos en la jurisprudencia laboral" *Temas Laborales* núm. 108, 2011. Págs. 13-52: Cabe la posibilidad de que haya un pacto en contrario que limite la aplicación del convenio colectivo de origen. Desde mi punto de vista ello significa que el acuerdo de empresa adoptado supondrá la aplicación del convenio imperante en la empresa adquirente. En todo caso hemos de recordar que el acuerdo podrá celebrarse sólo una vez que se produzca la sucesión empresarial

- En este sentido Del Rey Guanter: Ciertamente, la continuidad transitoria del convenio colectivo no es una garantía absoluta, puesto que la propia Ley prevé su inaplicación mediante pacto entre representantes de los trabajadores y empresa. DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D., SERRANO OLIVARES, R.: "El régimen jurídico" *op. últ. cit*

- En contra del acuerdo PRADAS MONTILLA, R.: "Convenio colectivo aplicable en el caso de sucesión de empresa el nuevo art. 44.4 del Estatuto de los Trabajadores", *Documentación Laboral*, nº65, 2001, p. 13, para quien no cabe acuerdo alguno que neutralice la garantía de la continuidad transitoria del convenio colectivo.

Algunos autores mantienen que el cesionario y los representantes de los trabajadores pueden acordar, una vez consumada la sucesión, la inaplicación del convenio colectivo de la empresa cedente a los trabajadores subrogados. Este pacto colectivo que prevé el artículo 44 ET párrafo 1 del ET, constituye una manifestación del derecho constitucional a la negociación colectiva (CE artículo 37.1) y viene generando diversas dudas interpretativas.⁴⁷¹

Esta opción ha quedado reflejada en nuestro ordenamiento a la vista de externalizaciones, o adquisiciones de empresas, o de partes de empresas en un tiempo anterior, cuando se solía negociar con los comités de empresa cómo quedaban las condiciones laborales de los empleados afectados.

2.3.1.- Antes de la reforma de 2.001

En la medida en que el nuestro es un sistema negocial con una estructura compleja y el convenio colectivo, está dotado ex artículo 82.3 ET de una eficacia *erga omnes*, la entidad cesionaria, siempre y cuando ya viniera ejerciendo una actividad económica con anterioridad a la transmisión, puede encontrarse incluida en los ámbitos de aplicación de otro convenio igualmente vigente, de carácter empresarial o sectorial, produciéndose entonces una situación concebida y tratada de modo unánime por doctrina y jurisprudencia como una típica modalidad de conflicto de concurrencia entre normas pactadas cuya composición requiere el empleo de alguna de las reglas predispuestas al efecto bien por la autonomía colectiva bien por la legislación. Doctrina judicial y jurisprudencia mantuvieron distintos criterios en orden a la determinación de la regla de solución aplicable a los conflictos de concurrencia entre convenios nacidos de una transmisión de empresa.⁴⁷²

471.- ARETA MARTINEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.: Sucesión de empresa. *Op. ult. Cit.*

472.- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa y las Relaciones Laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo y asuntos sociales. Madrid 2001

Una primera orientación jurisprudencial entendió, en base a una interpretación sistemática de los artículos 44 y 84 ET, precepto este último que, como regla general de resolución de conflictos de colisión entre convenios atribuye una eficacia aplicativa a convenio *prior in tempore*, que el convenio aplicable a los trabajadores transferidos ha de ser el que regía en la empresa traspasada, que es el que legalmente goza de esa preferencia aplicativa durante el plazo de su vigencia, con independencia del cambio de titularidad de la empresa.

La aplicación por los tribunales laborales de la regla de prevención de concurrencia formulada en el artículo 84 ET a fin de sustanciar los conflictos de concurrencia entre normas pactadas fue, sin embargo, objetada por un solvente sector de nuestra doctrina. En tal sentido, un destacado sector de nuestra doctrina sostuvo la tesis de que en situaciones de transmisión de empresa la regla del citado artículo 84 ET no atendía a la finalidad que le era propia de salvaguardar la integridad de la unidad contractual en la que se hubiese alcanzado el convenio *prior in tempore* pues las dos normas colectivas en conflicto pasajero, la de la empresa transmitente y la de la adquiriente, ya se encontraban en vigor en el momento de producirse la colisión. En atención a ello, el profesor Martín Valverde⁴⁷³, considerando el criterio de la mayor favorabilidad, enunciado en el artículo 3.3 ET como la mejor fórmula de solución al problema planteado El conflicto entre convenios surgido en los casos de integración o traspaso de empresa habría de ser compuesto, así, entendiendo como convenio aplicable no el de la cedente sino aquél que resultare más favorable de entre los concurrentes: el de la transmitente o el de la adquiriente como recogió la STS 9421/1990⁴⁷⁴.

Esta segunda tesis encontró algunas objeciones críticas, quienes mantenían que era discutible su premisa o punto de partida; esto es, la existencia en los casos analizados de una situación de concurrencia entre convenios cuya solución precise recurrir a los criterios legalmente establecidos.

473.- MARTÍN VALVERDE, A.: Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo en Borrajo, E. (dir) Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, 2ª ed t XII vol 2º Edersa, Madrid 1995.

474.- STS 9421/1990 de 18 de diciembre de 1990 (Ar 9808)

En tal sentido para hacer uso de una regla de composición de un conflicto de concurrencia entre convenios colectivos se requiere que los elementos estructurales de la soberanía aplicativa de las normas colectivas en colisión entren en contacto, yuxtaponiéndose, superponiéndose o seccionándose de algún modo. No sucedía ello en el caso en el que ha de mantenerse, por expreso mandato del artículo 44 ET el convenio de la empresa cedente. Una vez consumada la transmisión, la relación de los convenios existentes en la empresa adquiriente no era una relación de conflicto. La situación era otra y responde a la propia de una pluralidad de convenios: cada uno contaba con su ámbito específico de aplicación.

Analizaba algún autor que, había que encontrar vías para para la homogeneización de los respectivos estatutos de personal derivados de convenios colectivos empresariales distintos. Así pues, los trabajadores que ya estaban al servicio del empresario adquiriente en el momento de la transmisión no podían pedir que se les aplicasen las condiciones propias de la empresa transmitida; y a su vez, los trabajadores procedentes de la empresa transmitida continuaran con su estatuto específico, al menos cuando era más favorable que el aplicable al cesionario, con la posibilidad de que se produjera una inicial pluralidad de “estatutos de personal”, resultante del proceso de absorción o integración.⁴⁷⁵

Por lo que había que tener una consideración especial a los “preacuerdos de fusión”. La negociación homogeneizadora de las condiciones, especialmente si las diferencias derivaban de convenios colectivos empresariales, podía realizarse incluso antes del cambio de titularidad, a través de los llamados “ pactos o preacuerdos de fusión”, que como recalcan autores eran cada vez más habituales y mediante los cuales, representantes de las empresas y de los trabajadores afectados establecían las condiciones de trabajo que iban a integrar el estatuto de personal aplicable a partir de la fusión.⁴⁷⁶

475.- CAMPS RUIZ, L.M.: *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia 1997

476.- MELLA MÉNDEZ, L.: *Sucesión de empresa y convenio aplicable*, Comares, Granada 2000.

Lo peculiar de estos pactos era que las empresas que los suscribían no eran quienes los iban a aplicar, tarea que correspondería a la nueva empresa resultante de la fusión de aquellas que podrá ser una de nueva creación, en los supuestos puros de fusión, o solo una de las anteriores en los supuestos de fusión por absorción.

Se consideraba de esta forma que se estaba ante un supuesto de colisión entre convenios cuando, por ejemplo 1) La empresa cesionaria en la que resultaba aplicable un convenio de ámbito nacional, absorbía a otra regida por un convenio propio de empresa o de ámbito nacional; 2) En la empresa cesionaria era aplicable un convenio también de ámbito provincial y en la cedente, ubicada en la misma provincia, otro de carácter nacional o de empresa; 3) La empresa cesionaria disponía de convenio colectivo propio y la integrada también o de otro de ámbito nacional o provincial.

La colisión entre normas convencionales se relacionaba con la posible aplicabilidad inicial de dos convenios distintos a un mismo colectivo de trabajadores, el de los transferidos a través de la sucesión de empresa.

Dada la ausencia de una solución legal firme respecto de cuál era el convenio a aplicar a los trabajadores transferidos, cada vez era más frecuente, especialmente en las grandes empresas, entre ellas las públicas, el que las partes implicadas en la subrogación pactasen, expresamente, todo lo referente a esta, particularmente el estatuto jurídico que tenía que regir, lo que, en gran medida, venia determinado por el convenio a aplicar. La inseguridad jurídica que existía sobre el particular servía de aliciente a las empresas inmersas en procesos de restructuración en orden a la puesta en práctica de ciertos mecanismos dirigidos a resolver ellas mismas de forma expresa cual era la normativa aplicable con posterioridad a la sucesión, buscando la unificación y adaptación de las condiciones de trabajo a la confusión de plantillas consiguiente.⁴⁷⁷

477.- SALA T., ALFONSO, C. Y PEDRAJAS, A.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996; MUGA ROBLEDO, A.: "La colisión de convenios colectivos en la transmisión de empresa", *RL*, 1991-I; MARTINEZ MORENO, C.: "Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresa y subcontratación", *RL*, 1999, núm 11, p36

En tales casos esto implicaba obviar o dejar sin efecto el mecanismo subrogatorio del artículo 44 ET en virtud del cual y respecto de los trabajadores procedentes de la empresa afectada por el cambio de titular, habrían de mantenerse de forma transitoria las anteriores condiciones convencionales. Por tanto, siempre que exista pacto, el necesario respecto a la autonomía colectiva desplazaba u obviaba la necesidad de acudir a otros convenios legales que fundamentasen cual sea el convenio que va a regir la relación de los trabajadores en cuestión.

Lo idóneo era que los pactos relativos al fenómeno subrogatorio contasen con el consenso de los dos empresarios implicados en el mismo y con los trabajadores. El pacto, generalmente se denominaba “preacuerdo o “protocolo de fusión”. Que contase con el consenso de los empresarios afectados por la sucesión, especialmente del nuevo, significaría que contaría con una mayor garantía. La negociación de estos pactos podía tener lugar tanto de forma simultánea a la sucesión como con carácter previo a esta, pero, en todo caso, cuando la misma ya se había decidido. De otro lado, nada impedía que la nueva empresa negociase, posteriormente, con los representantes de sus trabajadores las condiciones que han de regir para estos.

Estos pactos negociados al margen de las reglas del Título III del ET y temáticamente monográficos (ordenación y equiparación de los derechos de los trabajadores transferidos en relación con los de los propios de la nueva empresa) ostentaban naturaleza extraestatutaria o informal, con eficacia limitada a los trabajadores y empresarios representados por las partes negociadoras. Dicha eficacia limitada determinaba que el contenido de dichos pactos no resultase aplicable a los nuevos trabajadores que, con posterioridad, se incorporasen a la empresa cesionaria, sin que ello implique discriminación alguna.

En palabras del TS en su STS 5265/1995⁴⁷⁸ relativas a un supuesto de fusión, la pretendida desigualdad en los conceptos y mejoras retributivas de los trabajadores existentes en las empresas en el momento de la fusión y los de nueva incorporación a la empresa resultante de aquella encuentra “razonable justificación en una situación anterior de las plantillas” de las empresas afectadas, “cuyas condiciones

478.- STS 5265/1995 de 24 de octubre de 1995.

laborales se persigue homogeneizar mediante un título originador de su fusión”. Así pues, a pesar de que los trabajadores de la cesionaria tengan diferentes condiciones de trabajo, no existirá discriminación cuando aquellas respondan a situaciones distintas. Por lo demás, particulares razones de seguridad jurídica aconsejan que dichos pactos se formalicen por escrito. Se mantenía que había varios tipos de acuerdo:

- El declarativo, que eran aquellos que detallaban desde un punto de vista meramente descriptivo o recopilatorio el conjunto de los derechos disfrutados por los trabajadores antes de la fusión.
- Pactos de mejora de las condiciones laborales disfrutadas por los trabajadores transferidos. Se intentaba compensar a estos por los posibles trastornos que la sucesión les podía generar (con descansos, por ejemplo) bien equiparar su estatuto jurídico al disfrutado por los trabajadores propios, de la empresa cesionaria o ambas cosas a la vez.
- Pactos de homologación, cuya función era la de homologar las condiciones de trabajo de los trabajadores transferidos con las de los propios de empresa cesionaria. Las condiciones de los referidos trabajadores necesitaban ser “traducidas” a las previstas en el convenio de la nueva empresa, con el fin de evitar que aquellos pervivieran bajo un régimen convencional distinto, el pacto de homologación regulaba a partir de su suscripción de la misma forma las condiciones de trabajo.

Se reflejaba que lo habitual era que este tipo de pactos se firmasen de forma simultánea a la sucesión y entre el nuevo empresario y los representantes unitarios o sindicales o incluso las propias organizaciones sindicales más representativas existentes en el centro o empresa objeto de subrogación. Asimismo, parece que estos acuerdos tenían especial razón de ser cuando el convenio aplicable a los trabajadores cedidos era el de la cesionaria (bien por acuerdo expreso bien por aplicación directa del artículo 82, núm. 3, párrafo primero ET).⁴⁷⁹

479.- MELLA MÉNDEZ, L.: “Sucesión de empresa...” *Op. ult. Cit*; MARTINEZ MORENO, C.: “Tendencias jurisprudenciales recientes” *op. ult. cit*

De esta forma hubiera resultado sorprendente el que los trabajadores afectados por el acuerdo de homologación pretendiesen su impugnación y consiguiente nulidad en base al presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44.1 ET.

El más idóneo en orden a la concreción de cual sea el convenio aplicable a los trabajadores transferidos, era aquel que aparte de su simultaneidad con aquella, cuenta con el consenso de todos los empresarios y trabajadores implicados. En este sentido, tanto los pactos declarativos como lo de mejora u homologación eran una buena elección. Dicha elección podía hacerse directa y normativamente por uno u otro de los convenios que entran en colisión o a través de un criterio indirecto, como el de norma más favorable.

No obstante, ha de considerarse que los acuerdos sobre los convenios, que tenían cabida en nuestro ordenamiento jurídico en la era pre-Ley 12/2001, secundados tanto por doctrina como por la jurisprudencia no tenían cabida en la Directiva, ya que la aplicación de la Directiva es automática, las partes no pueden acordar si aplica o no, ni cambiar sus efectos, por lo que acordar qué convenio aplica no es viable. (Vid Infra cap. IV, apartado 3.4)

2.3.2.- Tras la reforma de 2.001

En la actualidad los pactos de fusión siguen teniendo lugar, por dos motivos, uno el histórico revisado; y otro porque en la actual redacción del artículo 44.4 ET establece que “Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida”.

La nueva redacción fue vista como una herramienta para evitar la colisión de los convenios del cedente y del cesionario y de una adecuación a los tiempos actuales, de esta forma se mantiene que el planteamiento del artículo 44.4 ET ha cambiado a partir de la reforma por la Ley 12/2001, para quien esta regla refleja una concepción

más dinámica de las consecuencias laborales de la transmisión de empresa, en la que las garantías por cambio de titular de la empresa se tratan de coordinar con una situación real en la que el cambio de empleador puede estar vinculado a un proceso de reestructuración a un deseo del nuevo titular que las cosas no sigan igual que antes y de introducir cambios y mejoras en los procesos productivos y en la organización del trabajo, de modo que el cambio de titularidad de empresa no da lugar hacia el futuro a una necesaria congelación de la situación precedente en cuanto a derechos y obligaciones laborales y condiciones de trabajo, también en lo que respecta al convenio colectivo aplicable. Sin embargo, el artículo 44.4 ET requiere acuerdo, una vez consumada la sucesión, entre el cesionario y los representantes de los trabajadores para no aplicar el convenio colectivo en vigor del cedente.⁴⁸⁰

Los acuerdos de la era pre-Ley 12/2001 han seguido produciéndose, no buscando un fraude de ley, sino por la inercia de la forma de proceder durante muchos años, aderezado, además, con la redacción del artículo 44.4 ET⁴⁸¹.

No obstante, estos acuerdos empiezan a calificarse por la jurisprudencia como nulos si van contra el objetivo del ET, de esta forma y sobre los potenciales pactos o acuerdos cabe destacar la SAN 3210/2014⁴⁸² que recoge distintos aspectos de la transferencia, así como de los acuerdos de modificación de condiciones de trabajo, cuando hay una sucesión empresarial, estableciendo que:

480.- Rodríguez-Piñero, B.: “Convenio colectivo aplicable tras la transmisión de la empresa”, *Diario La Ley*, Nº 8435, Sección Columna, 4 de diciembre de 2014, Año XXXV.

481.- En este sentido hay autores que defienden que el art. 44.4 ET puede en efecto modificar el convenio colectivo. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R.: “La transmisión de empresa en la Ley 12/2001, de 9 de julio. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (coord. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I) “La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002. La Ley 2001 y el ANC 2002”, Lex Nova, Valladolid, 2002. Consideran que el art. 44.4 ET es una excepción a la regla del art. 41.2 ET, de modo que el acuerdo de empresa podrá efectuar una alteración integral del contenido de los convenios, más allá de lo que permite el art. 41 ET.

482.- SAN 3210/2014 de 14 de julio de 2014 (AS 2014\1873).

1. Aunque la Directiva reconoce un margen de actuación que permite al cesionario y a las demás partes contratantes organizar la integración salarial de los trabajadores transferidos de manera que ésta se adapte debidamente a las circunstancias de la transmisión realizada, ello no obsta a que las modalidades elegidas deben ser conformes con el objetivo de dicha Directiva.
2. Dispone el artículo 6.4 CC que los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.
3. Los Acuerdos alcanzados por parte de la empresa cesionaria y cedente junto con los sindicatos, se amparan en el artículo 44.9 ET contrariando su correcta aplicación, con el objetivo de perseguir un fin prohibido por el ordenamiento cual es la alteración del derecho al mantenimiento de las condiciones contractuales y convencionales de los trabajadores cedidos en los términos previstos en el artículo 44. 3 y 4 ET al inaplicar el convenio de cajas de ahorro sustituyéndolo por el convenio de empresas de consultoría y además llevar a cabo modificaciones en sus condiciones de trabajo que afectan a jornada, vales de comida, vacaciones, categorías y promoción, estructura y niveles salariales, antigüedad y beneficios sociales, al tiempo que quedan derogadas todas las condiciones no expresamente previstas en el acuerdo que vinieran disfrutando con independencia de su origen o naturaleza.
4. Habiendo las partes adoptado tales acuerdos por el cauce del periodo de consultas establecidos para la modificación de condiciones y movilidad geográfica, lo así acordado puede y debe ser objeto de revisión en sede judicial, aun cuando hubiera concurrido acuerdo con la parte mayoritaria de los representantes de los trabajadores, acuerdo que carece de toda validez por ser contrario a normas de obligada observancia y constitutivo en consecuencia de fraude de ley que se debe depurar.

5. Esta posición no sólo vendría avalada por el análisis de la normativa legal de aplicación al caso, sino además por el resultado final de los Acuerdos suscritos en materia de empleo y por cuanto, siendo 104 los trabajadores afectados por el proceso de externalización, la mayoría optó finalmente por acogerse a las medidas de extinción indemnizada del contrato previstas en el Acuerdo y sólo 13 optaron finalmente por integrarse en Energuía Web.
6. Ello constituye prueba “palmaria” de que la finalidad última, tanto del artículo 44.1 ET como del artículo 4.1 de la Directiva, que es la garantía del empleo de estos trabajadores, no fue respetada, sino al contrario gravemente erosionada por lo convenido.
7. Admisión de la nulidad de los Acuerdos impugnados por concurrencia de fraude de ley en su adopción, al haberse empleado para ello una norma inapropiada buscando un resultado prohibido por el ordenamiento.

A pesar de que la presente Sentencia no es del TS sino de la AN⁴⁸³, se tiene en cuenta por el detalle de la misma. Como vemos, para la AN la Directiva reconoce un margen de maniobra para poder llegar a acuerdos entre el cesionario y los representantes de los trabajadores siempre que no se persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico y entiende que es nulo los acuerdos de cambio de convenio y los que modifiquen las condiciones de trabajo.

El TS en su STS 4396/2016⁴⁸⁴, corroboró que se acudió a unas normas en fraude de ley para, en definitiva, alcanzar un objetivo distinto a la finalidad última de la normativa, que no es otra que la de intentar garantizar el empleo de los trabajadores afectados. El resultado final, fue absolutamente el contrario, por lo que secundó la doctrina jurisprudencial, y los razonamientos de la AN.

483.- Contra dicha sentencia se interpuso por parte del Banco Mare Nostrum, S.A. y de Energuía Web SAU, sendos recursos de Casación, en base, entre otros motivos, a la violación de los artículos 5 y 7 de la Directiva Comunitaria en relación con el artículo 44.4 y 9 del ET y con carácter subsidiario, por aplicación indebida del artículo 44.4 en relación con el artículo 44.9, ambos del E.T.

484.- STS 4396/2016 de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016\5304).

De la misma forma se refleja en el fundamento de derecho tercero de la STS 1327/2011⁴⁸⁵ cuando se mantiene que “...la anterior conclusión no se altera a la vista de la norma que contiene el número 4 del artículo 44 del ET, a tenor de la cual cabe, una vez consumada la sucesión, un pacto de que excluya la aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente... la garantía del artículo 44.1 del ET no es disponible para la autonomía colectiva.”

Este potencial pacto una vez consumada la sucesión, está directamente ligado no solo a qué convenio colectivo debe de aplicar, sino también a si dicho pacto puede conllevar una modificación en las condiciones laborales, empieza a no tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico tal y cómo se concibió.

3.- DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL. VALORACIÓN

Ambos ordenamientos jurídicos establecen en términos similares que las condiciones del cedente recogidas en el convenio colectivo dejaran de ser aplicables en un momento dado. No obstante, tal y como se ha analizado hay cierta diferencia en los motivos por los que la aplicación del convenio colectivo del cedente llega a su término para los empleados transferidos.

El resumen que se puede hacer de los dos puntos anteriores en los que se recogen por un lado la regulación en el Derecho de la Unión en cuanto a las condiciones de trabajo y el convenio colectivo a tener en cuenta y, por otro, su transposición al ordenamiento jurídico español es el siguiente:

- A. La Directiva establece que se deben mantener las condiciones de trabajo pactadas mediante cualquier acuerdo y, en concreto, las de los convenios colectivos, en los mismos términos hasta que se dé alguna de las siguientes circunstancias:

485.- STS 1327/2011 de 9 febrero de 2011

- 1.- El Convenio llega a la fecha de extinción.
- 2.- Se alcanza la fecha de expiración del convenio colectivo.
- 3.- Entrada en vigor de otro convenio colectivo.
- 4.- Entrada de aplicación de otro convenio colectivo.
- 5.- Transcurso del tiempo, la Directiva da la posibilidad a los Estados miembros a que limiten la aplicación de los términos y condiciones anteriores al año, siempre que antes de ese plazo, no se den los casos anteriores.

B. En el Estatuto de los Trabajadores se establece que los términos y condiciones anteriores aplican hasta:

- 1.- La fecha de expiración del convenio colectivo de origen.
- 2.- Hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.
- 3.- Pacto en contrario: Establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores.

La comparación nos lleva a ver que en la legislación española:

- 1º No se incluye la extinción del convenio colectivo.
- 2º No se incluye la entrada de aplicación del convenio colectivo.
- 3º El ordenamiento español no se acoge a la posibilidad de limitar la aplicación de los términos y condiciones por el transcurso del tiempo.
- 4º Se incluye en el Estatuto de los Trabajadores un supuesto no recogido en la Directiva, “El pacto en contrario.”

Con el objeto de profundizar en estas diferencias de tratamiento nacional y comunitario se analizarán los siguientes aspectos: efectos de que no se haya recogido la extinción en el ET (apartado 3.1); efectos de que no se haya recogido la entrada de aplicación de otro convenio colectivo en el ET (apartado 3.2); efectos de que no se haya recogido el límite de un año en el ET (apartado 3.3); pacto establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores (apartado 3.4); Valoraciones sobre las condiciones de trabajo, convenios colectivos en la sucesión empresarial y práctica en el mercado (apartado 3.5).

3.1.- Efectos de que no se haya recogido la extinción en el ET

Pensamos que no se debería asumir, tal como hace el TS en la STS 2111/2002, que en la Directiva se han incluido los términos de extinción y expiración solamente para añadir sinónimos a una potencial situación del convenio colectivo, y que no deben significar lo mismo. La Directiva pretende abarcar las distintas situaciones que se pueden dar en los diferentes Estados miembros, presentes y los futuros, por lo que la diferencia puede que no aplique en la práctica en España dado cómo se configuran los convenios a fecha de hoy, tal vez en otro país sí que aplique, o tal y como expusimos en el ejemplo se pueden dar casos de acuerdos con plazo de extinción.

Con la expresión extinción hay que entender que el convenio muere, desaparece por completo, como si nunca hubiera existido, mientras que, expira, es que llega la fecha en que en principio debería perder su vigencia no obstante el convenio no muere, sigue estando en cierta forma con validez, porque ninguna parte lo ha denunciado o incluso cuando se ha denunciado entra en juego la ultractividad.

Intentando plasmar ejemplos hipotéticos, se podría decir que la terminación del convenio se podría dar en el supuesto de que en el mismo convenio colectivo se recogiese que en fecha x dicho convenio llega a su término y ya no es de aplicación teniendo que aplicar el superior, llegando al ET, si fuese necesario, es decir en nuestro ejemplo de días extras de vacaciones se volvería a los días de vacaciones establecidos en el convenio y si en el convenio no se dice nada se estaría al ET.

Para el ejemplo de la expiración, podemos usar el texto que se utiliza en los convenios colectivos “El Acuerdo Estatal del Sector del Metal⁴⁸⁶ entrará en vigor el día 1 de enero de 2013, manteniendo su vigencia hasta el 31.XII.2016, fecha a partir de la cual quedará denunciado automáticamente. Una vez finalizada la vigencia anteriormente indicada, y al objeto de evitar el vacío normativo durante el proceso de negociación, continuará vigente el presente Acuerdo hasta que sea sustituido por otro.” En este ejemplo real, se establece que se denuncia y como aplica la sucesión.

De cara a la legislación española puede que no haya en realidad un impacto mayor al dividir los conceptos ya que la práctica nos lleva al caso de expiración, por lo menos hasta la fecha.

En cuanto a la ultraactividad, sí que se contempla en España, habiéndose limitado a un año como duración máxima con la Ley 3/2012 de la reforma laboral 2012, estableciendo que si no hubiera convenio pasara a aplicarse el convenio de ámbito superior, igualmente hemos revisado en detalle la Sentencia 5504/2014 y como allí apuntábamos habrá que ver si se consolida el criterio que ha establecido el TS de la “contractualización”, que, como se dice en la sentencia “las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral” podría llegar a afectar a la esfera de la sucesión empresarial porque se podría llegar a interpretar que, si las condiciones del convenio colectivo previo se insertan en el contrato de trabajo, estas deberían estar vigentes siempre (hasta que se superen en un potencial convenio futuro).

Como último aspecto de la ultraactividad únicamente mencionar que la Directiva y la jurisprudencia europea está de acuerdo con la misma, siempre que sea conforme al Derecho nacional, diciendo que a pesar de haber sido denunciado dicho convenio,

486.- Acuerdo Estatal del Sector del Metal, Texto según Resolución de 7.8.2008 (BOE 22.8.2008) -que modificó a su vez la Resolución de 12.9.2006 (BOE 7.10.2006)-, y actualizado según modificaciones publicadas en el BOE 20.3.2009, 29.5.2009, 12.11.2009; 21.10.2010; 15.4.2011; 22.2.2012 y 10.5.2013

mantienen sus efectos sobre las relaciones de trabajo que estaban directamente sometidas a él antes de que fuera denunciado y en la medida en que dichas relaciones de trabajo no estén sometidas a un nuevo convenio colectivo o no se llegue a un nuevo acuerdo individual con los trabajadores afectados. Es decir que contempla la posibilidad de que, en un Estado miembro, la misma no aplicase y con la denuncia del convenio el mismo dejaría de estar vigente.

3.2.- Efectos de que no se haya recogido la entrada de aplicación de otro convenio colectivo en el ET

La fecha de entrada de aplicación de otro convenio colectivo, lo establece la Directiva, pero no se ha reflejado en el Estatuto como una causa a limitar el convenio del cedente, ya que lo que se establece en el segundo párrafo del artículo 44.4 ET, como hemos visto es lo siguiente: “Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.”

Por lo que el Estatuto parece limitarlo solo a la entrada en vigor, no a la entrada de aplicación y además especifica que el convenio colectivo debe ser nuevo.

Hemos revisado como en la STS 2111/2002, en el fundamento de derecho sexto, afirmación cuarta se mantiene que “Cuando la Directiva habla de “aplicación de otro convenio colectivo”, no se refiere al que ya estaba vigente “ex ante” la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquella y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria.”

Es decir, el TS mantiene que la aplicación de otro convenio colectivo se da únicamente cuando hay un convenio nuevo aplicable al nuevo empleador y dice textualmente que la Directiva no se refiere al convenio que estaba vigente antes, uniendo las dos causas. Parece que es un error tratar como similares los términos que usa la Directiva debiéndose estos términos a situaciones distintas.

Siguiendo el literal de la Directiva se diferencian los conceptos de entrada en vigor y entrada en aplicación, la entrada en aplicación, como se decía, se podría entender que ocurre en el ejemplo en el que la UPA se transfiere de un sector a otro distinto donde aplican distintos convenios colectivos y se aplica el convenio colectivo de la nueva empresa desde el primer día. Este razonamiento conllevaría a dos reflexiones:⁴⁸⁷

1.- Cuando la UPA se transfiere del cedente al cesionario se pueden dar dos hipótesis en lo referente al convenio aplicable, que la empresa cesionaria tenga el mismo convenio del sector que la empresa cedente o que tenga uno distinto por ser de otro sector:

A. Si son del mismo sector se podría entender que la regulación no tiene impacto, ya que daría igual que el convenio expirase, se renovase o entrase otro nuevo en vigor, esto puede ocurrir en los movimientos de empresas en el mismo sector, no obstante, como hemos visto que se recoge en la versión inglesa de la directiva esta intenta regular cualquier convenio o acuerdo colectivo. Como sabemos las empresas pueden estar sometidas a múltiples acuerdos, es decir, le puede aplicar el convenio del sector de limpieza y en paralelo tener acuerdos con los representantes de los trabajadores sobre algún tema específico y es cuando la Directiva y Art 44 ET tiene gran relevancia.

487.- Como se ha visto hace referencia a que si hay un cambio de sector el convenio colectivo del nuevo empleador debería cambiar de forma automática, tal y como ocurre en otros países miembros de la Unión Europea. De esta forma en el asunto Ivana Scattolon el TJUE mantiene que por la regla prevista en el artículo 3, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 77/187, según la que *«el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha [...] de aplicación de otro convenio colectivo»*, debe entenderse en el sentido de que el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa, incluidas las referidas a la retribución, aunque los trabajadores afectados no pueden verse en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión

- B. Si son de sectores distintos, el convenio de la nueva empresa debería entrar en aplicación de acuerdo con la Directiva de forma automática, la pregunta sería cuando entra en juego este tipo de situación, la respuesta debería ser siempre, pudiéndose ajustar al nuevo convenio colectivo hasta los aspectos salariales debiendo seguir los principios de que no se puede perjudicar ni beneficiar desde un punto de vista salarial a los empleados por el mero hecho del traspaso.

2.- ¿Como impacta a España el no haber regulado este límite en el ET?

Se podría asumir que protege en principio más aún si cabe la figura del trabajador, ya que este ve prolongada la estabilidad en cuanto las condiciones laborales anteriores, pero puede haber casos que, en la práctica, sea todo lo contrario, podemos tomar como referencia el ejemplo por el que una empresa parte del sector de venta siderometalúrgica porque vende móviles o software tiene una rama del negocio que es venta remota y decide transferirla a una empresa del sector del telemarketing. ¿Habría que privar a estos trabajadores del telemarketing de las garantías que dicho convenio establece, como, por ejemplo, si hay otra transferencia, la obligación de tener en cuenta en el proceso de selección a los que llevaban a cabo el servicio y teniendo que contratar a un número mínimo de trabajadores?

A su vez los empresarios quedan más limitados ya que ven reducida su capacidad de armonizar a empleados transferidos a la realidad del nuevo empleador, en comparación con empresarios de otros Estados miembros. En este punto hay que recordar el criterio establecido por la jurisprudencia comunitaria en la que en reiteradas ocasiones ha manifestado que la Directiva no pretende instaurar un nivel de protección uniforme para toda la unión en función de criterios comunes, por lo que podría tener cabida esta merma para los empresarios, no obstante también se ha recogido en Sentencias del TJUE que la Directiva no autoriza a los Estados miembros a adoptar medidas que, a pesar de que son más favorables para los

trabajadores, pueden lesionar la propia esencia del derecho del cesionario a la libertad de empresa.

En este caso en concreto se puede mantener que se lesiona la libertad de empresa de los empleadores españoles, no porque haya visto la luz una medida más favorable para los trabajadores si no porque la transposición de la Directiva no se ha recogido tal cual en el ordenamiento jurídico español. Es más cuando la jurisprudencia comunitaria mantiene que “no pretende instaurar un nivel de protección uniforme para toda la unión en función de criterios comunes” lo que viene a decir es que la Directiva establece el marco mínimo y que cada estado miembro puede desarrollarlo como estime oportuno (de hecho en la misma Directiva se incentiva la flexibilidad permitiendo que los Estados miembros decidan si optan por acogerse a ciertas estipulaciones o no), no obstante, lo que aquí ha ocurrido es que no se ha respetado el marco mínimo, reduciéndose en un supuesto de hecho.

El hecho de no haber incluido en nuestro ordenamiento la posibilidad de que en una sucesión de empresa cambie el convenio si en la nueva empresa aplica otro convenio tiene un impacto directo para las empresas españolas, no solo porque en otros Estados miembros esta posibilidad sí que opera por lo que se posicionan en una desventaja fronteriza, que también, sino porque se limita el marco de actuación de las empresas, cobrando especial relevancia en los contratos de externalizaciones u outsourcing, ya que como revisábamos son contratos en los que generalmente la empresa cedente externaliza parte de su actividad no principal, a otras empresas especializadas en este tipo de actividad, por lo que normalmente se cambia de sector. Quedarían por tanto sujetos a este supuesto de hecho, todos los contratos de externalización u outsourcing en los que la empresa transfiere actividades que no son su principal actividad a otras empresas que se hacen cargo de dicha actividad y que se dedican a ella. Es decir, externalizaciones que ya son tradicionales como los procesos de limpieza y seguridad, de recepción y control de accesos, pero también los que están ocurriendo en el mercado como son el telemarketing, la fuerza de ventas, atención al cliente, prevención de riesgos laborales, servicios de traducción, servicios logísticos,

los servicios auxiliares a la industria, los procesos de IT o los procesos de carácter administrativo, entre otros. Por lo que se puede entender que este concepto no previsto en la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico nacional es de alta relevancia para el mercado. (Vid supra cap I, apartado 1).

Hay que reconocer, no obstante, que el termino aplicación ha tenido desigual aceptación en los distintos Estados miembros tal y como hemos visto, de esta forma se ha analizado como en Alemania e Italia, entre otros, sí que aplica de forma automática el del cesionario, mientras en otros Estados no aplica o en otros se conjuga ligado a un periodo de tiempo, como por ejemplo Francia, donde si después de 15 meses no se ha llegado a un acuerdo aplica el del cesionario.

El impacto o la merma para los trabajadores y para las empresas españolas no queda solo aquí, porque, por un lado, España no se acogió al límite por el transcurso de tiempo y porque, además, como veremos, se amplifica con la jurisprudencia sobre las posibles acciones que el nuevo empresario podría tomar. El no haber transpuesto este concepto se puede entender como una no conformidad con la Directiva, como así recoge el estudio de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva en Rumania, Estado miembro que tampoco ha transpuesto este concepto.⁴⁸⁸

488.- Tal y como se ha podido analizar en el apartado referente al tratamiento de este concepto por el ordenamiento jurídico rumano (Vid supra cap. IV, apartado 1.1.6) el “implementation report” de la Comisión sobre la transposición de la Directiva califica el hecho de no haber transpuesto el concepto de la entrada en vigor de otro convenio colectivo como una no conformidad, no obstante la denomina como un problema menor ya que en la legislación nacional rumana se reduce el impacto al haber introducido el límite temporal de un año (no así como en España que no se ha establecido dicho límite temporal).

3.3.- Efectos que no se haya acogido a la posibilidad de limitar la aplicación de los términos y condiciones a un año en el ET

En varios puntos de la Directiva se establece un marco mínimo y se da la posibilidad al Estado miembro a optar por modificar de cierta forma dicho marco, entre estas posibilidades esta la que se establece en el mismo art 3.3 en su segundo párrafo “Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año”.

Como decíamos, en el apartado dedicado a la Directiva (Vid supra cap. IV, apartado 1.1.7), esta última limitación es subsidiaria, puesto que se aplica solo si no se produce ninguna de las situaciones del primer parrafo. Es otra vía que los Estados miembros pueden tener en cuenta y que España no ha tenido a bien transponer y que por tanto deja pasar otra forma de poder armonizar los términos y condiciones de los empleados transferidos a su nueva realidad y de que los trabajadores queden bajo las garantías que establezca el convenio colectivo de su nuevo sector.

El que no se haya optado por este límite puede no ser tan relevante en sí, la lastima de que no se haya acogido España es que podría haber aminorado el impacto de otras diferencias con la Directiva, como hemos visto que ocurre en el caso de Rumanía, es decir, el impacto de no haber transpuesto el concepto de aplicabilidad hubiera sido menor si al cabo del año tras la sucesión, se pudiera homogeneizar las condiciones laborales.

3.4.- Pacto establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores.

Esta posibilidad está recogida por el ET pero no por la Directiva, ha sido revisada por la SAN 3210/2014 que analiza distintos aspectos de la transferencia y como deben ser los acuerdos de modificación de condiciones de trabajo cuando hay sucesión empresarial.

La realidad es que ni la jurisprudencia comunitaria⁴⁸⁹, ni la Española permite que haya una renuncia de las condiciones de trabajo, aunque sea por una compensación más beneficiosa al trabajador, a la hora de armonizar sus términos y condiciones con los de su nuevo empleador, por lo que prácticamente se anula la posibilidad de hacer cambios en la condiciones de trabajo a través de un acuerdo entre el nuevo empresario y los representantes de los trabajadores, incluyendo el cambio de convenio colectivo.

Es más, aunque la partes actúen de buena fe pensando que el negociar los distintos aspectos de los convenios colectivos es lo correcto, en base al literal del artículo 44.4 y a como se ha venido actuando durante décadas en nuestro país, esto puede acarrear graves problemas ya que el hecho de proceder a acuerdos que no siguen los principios de la Directiva y del ordenamiento jurídico Español, de no poder renunciar a las condiciones de trabajo, puede conllevar ni más ni menos a la nulidad, y no solo a la nulidad del acuerdo, que sería en principio lo lógico, sino a la nulidad de todo el negocio del cambio de titular ya que los tribunales pueden entender que ha habido fraude de Ley y que por ejemplo se ha llevado el negocio jurídico de la transmisión para en paralelo cambiar sustancialmente las condiciones de trabajo⁴⁹⁰.

489.- El TJUE ha establecido en múltiples sentencias que la Directiva actúa ope legis. Así en el Asunto Daddy's Dance Hall este Tribunal recogió que el fin perseguido por la Directiva 77/187 es garantizar a los trabajadores afectados por una transmisión de empresa, el mantenimiento de los derechos establecidos en el contrato. Al tratarse de una protección de orden público, las partes no podrán eximir su cumplimiento, en virtud del principio de libertad de pactos. Ni siquiera alterable por los representantes de los trabajadores- En el asunto D'Urso donde se clarificaba que las normas de la Directiva son obligatorias para todos, incluidos los representantes sindicales de los trabajadores, que no pueden disponer nada contra ellas por medio de acuerdos celebrados con el cedente o con el cesionario.

490.- Artículo 44.4 ET: Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Este punto es de vital importancia en la práctica, ya que frecuentemente se adoptan acuerdos entre el nuevo empleador y los representantes de los trabajadores, tanto de la empresa cedente como de la empresa cesionaria. Estos acuerdos se suele pactar la integración de los empleados transferidos a la nueva empresa, incluyendo aspectos salariales, cambio de unos beneficios por otros y/o compensaciones por eliminación de estos. Ciertamente es que, mientras que el acuerdo entre partes no se denuncie, no se declare la nulidad del mismo y si las condiciones son más beneficiosas para los empleados es difícil que estos los denuncien, mientras que, por otro lado, si la empresa ha conseguido armonizar las condiciones tampoco es probable que lo denuncie. El potencial riesgo es la prescripción o caducidad de impugnar el acuerdo, si es que la hay o la viabilidad de la potencial denuncia podría perdurar mientras siga vigente el contrato de trabajo.⁴⁹¹

491.- Para la AN este tipo de acuerdos son nulos, aunque mantiene que la Directiva reconoce un margen de maniobra para poder llegar a acuerdos entre el cesionario y los representantes de los trabajadores siempre que no se persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico. Dichos acuerdos también serían viables para el TJUE igualmente para limar asperezas e intentar suavizar las posibles discrepancias entre las realidades de las empresas, en aras de la homogenización siempre que no se modifiquen las condiciones laborales. Esto está en sintonía con la opinión del TJUE que en la sentencia del asunto Scattolon mantuvo que la Directiva reconoce un margen de actuación que permite al cesionario y a las demás partes contratantes organizar la integración salarial de los trabajadores transferidos de manera que ésta se adapte debidamente a las circunstancias de la transmisión realizada, ello no obsta a que las modalidades elegidas deben ser conformes con el objetivo de dicha Directiva. Como el TJUE ha afirmado reiteradamente, ese objetivo consiste en esencia en impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión. Recordemos que en el asunto Scattolon se trataba del cambio de convenio por cambio de sector y en este punto se venía a decir que la retribución se mantiene, pero hay que aplicar el convenio de la empresa cesionaria, ajustando la realidad de una y otra empresa.

En definitiva, la Directiva no se opone a una modificación de la relación laboral concertada con el nuevo empresario si el Derecho nacional aplicable admite dicha modificación al margen del supuesto de una transmisión de empresa. Los acuerdos que promueve el artículo 44.9 ET, son acuerdos para medidas laborales recogidos en la Directiva, pero parten de una posición unilateral del empleador que tiene que tener justificación y de no conseguir llegar al acuerdo el nuevo empleador procedería a la ejecución de las medidas, aunque como se ha visto la AN y el TS han reinterpretado el artículo 44.9 ET

3.5.- Condiciones de trabajo, convenios colectivos en la sucesión empresarial y práctica del mercado

A) Condiciones de trabajo y convenios colectivos:

Con la transposición de la Directiva a la legislación española se perdieron dos situaciones por las cuales las condiciones de trabajo del convenio colectivo de la empresa de origen deben dejar de ser de aplicación, una cuando el convenio colectivo se extingue y otra cuando hay un convenio colectivo aplicable al ámbito del cesionario distinto al que resultaba aplicable a la entidad económica transmitida.

El primer supuesto no se antoja de gran relevancia dentro de nuestra práctica habitual de Convenios Colectivos en España, podría llegar a entrar en juego una vez llegado el fin de la ultraactividad con el límite que impuso el legislador de un año, el cual se ha matizado como hemos visto a través del TS y que todavía hay que ver cómo impacta la misma sentencia a las estipulaciones de la Directiva.

El segundo supuesto sí que es de extrema importancia ya que la aplicación entendida como herramienta automática para que entre en juego el convenio del cesionario si este es distinto, por ejemplo, por ser de otro sector, tal y como lo entiende la jurisprudencia comunitaria, impacta en la esencia de las externalizaciones.

Por otro lado, el legislador español no ha tenido a bien transponer la posibilidad de limitar la vigencia de las condiciones de trabajo a un año, sin embargo, ha añadido que por acuerdo se podrían pactar que convenio colectivo resulta de aplicación, aunque como hemos visto dicha loable intención no es de aplicación tal cual, ya que las condiciones y derechos de la empresa de origen son irrenunciables, incluida la negociación colectiva. Esto, añadido además a la matización del TS por las que parece que el antiguo convenio debería seguir aplicando durante un tiempo (sin estipular cuanto) a pesar de que haya un nuevo Convenio negociado aplicable al nuevo empleador, es decir reduciendo una de los motivos recogidos en el ET, hace complicada la armonización de las condiciones de trabajo para el nuevo empleador. Igualmente, para los empleados afectados puede ser perjudicial ya que se les obliga a estar con unas condiciones que pueden ser propias de un sector al que ya no

pertenecen, no pudiendo disfrutar de las garantías que aporta el convenio colectivo del nuevo sector.

En España la duración media de los convenios colectivos firmados en 2016, es decir, la vigencia mínima, es de 3 años⁴⁹², a los que se le puede añadir la ultraactividad⁴⁹³,

CONVENIOS, TRABAJADORES Y DURACIÓN MEDIA POR ÁMBITO FUNCIONAL Y SECTOR DE ACTIVIDAD.

ÁMBITO FUNCIONAL Y SECTOR DE ACTIVIDAD	CONVENIOS	TRABAJADORES	DURACIÓN MEDIA
TOTAL	1.209	2.124.091	3,0
Agrario	29	209.206	3,2
Industria	465	627.541	2,9
Construcción	28	14.308	3,3
Servicios	687	1.273.036	3,1

CLÁUSULA DE UNTRA ACTIVIDAD (Año de firma por la Autoridad laboral)

	NUMERO					PORCENTAJE				
Convenios Colectivo:	2013	2014	2015	2016	TOTAL	2013	2014	2015	2016	TOTAL
Sin ultraactividad	46	97	51	36	230	2,0	4,7	3,1	3,8	3,3
Ultraactividad < 12 meses	9	10	5	1	25	0,4	0,5	0,3	0,1	0,4
Ultraactividad del ET (1 año)	1133	732	473	259	2597	49,4	35,7	28,8	27,5	37,5
Entre 12 y 36 meses	204	188	138	81	611	8,9	9,2	8,4	8,6	8,8
> 36 meses	10	11	4	6	31	0,4	0,5	0,2	0,6	0,4
Hasta nuevo convenio	886	1015	972	558	3431	38,6	49,4	59,2	59,3	49,5
Hasta laudo arbitral	5	0	0	0	5	0,2	0,0	0,0	0,0	0,1
TOTAL	2.293	2.053	1.643	941	6.930	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

492.- Estadística de convenios de trabajo. Avance mensual 2016. Registrados hasta 31 de diciembre de 2016. Ministerio de Empleo y Seguridad Social

<http://www.empleo.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm>

493.- Análisis sobre cláusulas de denuncia y ultraactividad de los convenios colectivos (datos a 30/06/2016), CCNCC (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos). Ministerio de empleo y seguridad social:

http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Estudios/Informe_CCNCC_Analisis_Ultraactividad_junio2016.pdf

ya sea la establecida por Ley de un año o de tiempo superior si se pacta, por lo que los trabajadores pueden alargar sus condiciones de trabajo de origen todo este tiempo. Como se decía, el alargar al empleado en las condiciones tal y como constaban con el cedente puede crear una burbuja que puede ser poco sostenible en una nueva realidad de una nueva empresa en otro sector con competidores distintos a los que había en el sector de origen, con distintos medios y herramientas, volviéndose en contra del mismo trabajador, quien además no podrá gozar de las estipulaciones del convenio colectivo del nuevo sector, importante en casos de externalizaciones a un sector inmaterial, donde se suelen establecer garantías de subrogación entre las empresas salientes y entrantes en un contrato de servicios.

B) Práctica del mercado:

Al encontrarse ante una potencial situación de sucesión de empresa, ya sea por una M&A (fusión & adquisición) o un outsourcing (externalización) lo primero que se suele hacer es el análisis de ver si el artículo 44 ET es aplicable o no a la operación, si realmente se traspasa una UPA. Una vez llegados a la conclusión de que efectivamente la transferencia es susceptible del artículo 44 ET, muchas veces las empresas analizan la situación laboral para tomar la decisión definitiva de cómo afrontar dicho traspaso.

Se pueden dar distintas situaciones, dependiendo de los sectores de las empresas en sí, al igual del objetivo de la sucesión empresarial. De esta forma, si las empresas son del mismo sector, en principio el reto es menor, cuando son de sectores distintos (lo que es común en las externalizaciones) el desafío es mayor por todo lo analizado en el presente capítulo. No obstante, posibles situaciones son:

- 1.- Si se quiere unificar la entidad económica con, la que adquiere la empresa o parte de ella, lo que suelen hacer muchas empresas, es llegar a acuerdos de armonización que pueden empezar incluso cuando la operación es anunciada y todavía no ha tenido lugar. Estos acuerdos al cerrarse con la representación de los trabajadores de una o ambas empresas, se entiende que el mismo es válido y solventa posibles futuras reclamaciones ya que además de que se

puede entender por el literal del ET en su artículo 44.4 que se puede acordar un cambio de convenio, se ha hecho de esta manera a lo largo de los años, donde la partes acordaban de buena fe, creyendo que era lo correcto. Además, si ambas partes ganan con el acuerdo (por ejemplo más beneficios para los empleados y menor coste de administración para la empresa) en principio nadie lo denunciaría, esto ha sido y es una práctica común, no obstante vemos un cierto riesgo en que la convivencia pacífica acabe enturbiándose (ya sea porque a lo largo de los años haya representantes de otro sindicato, ya sea por demandas individuales) y como hemos reflejado el acuerdo sea declarado nulo y haya que volver a la situación inicial⁴⁹⁴. Esta opción como decimos no parece la más óptima tras lo observado en el presente capítulo. Se antoja más acorde con el presente análisis que lo más cauteloso es que tras la incorporación de la UPA (si hay una nueva representación de trabajadores mejor) se empiece la negociación del convenio colectivo de empresa, otra opción sería esperar a que se publique un nuevo convenio colectivo del sector del nuevo empleador si no que se quiere tener convenio de empresa.

Desgraciadamente esto quiere decir que la potencial homologación se puede dilatar en el tiempo, muchos convenios colectivos se publican para varios años, posteriormente se pueden llegar a acuerdos para alargar el convenio actualizando únicamente las tablas salariales e igualmente tras los años de

494.- En la sentencia de la SAN 154/2011 ratificada por el Tribunal Supremo 6693/2013 se revisa el caso en el que una empresa cambia un plan de pensiones de beneficio definido, recogido en el Reglamento de régimen interior de la empresa, previo a la época constitucional, a un plan de pensiones de contribución definida, el cambio se hace de forma individual (basándose en que cuando se implantó no fue por acuerdo con los representantes de los trabajadores) y en bases voluntarias para los empleados. El proceso de cambio voluntario se llevó a cabo en 1993 y la Sentencia de la Audiencia del 2011 y la del Tribunal Supremo es de 2013 anulando el proceso y teniendo la empresa que reinstaurar a todos los empleados activos en el plan de pensiones de beneficio definido por no haberse negociado el cambio con los comités de empresa.

vigencia del convenio se puede prolongar más con la ultraactividad, tal vez por todo esto las empresas a veces sopesan otras vías para afrontar el negocio jurídico de la transmisión.

2.- Otra opción que se suele manejar es la de crear una UTE (unión temporal de empresas) para los casos de externalización, sobre todo cuando se tiene en cuenta una posible reversión, o mantener la empresa separada de la empresa adquiriente en situaciones de compraventas, con la suficiente autonomía para que no sea declarada parte de un grupo laboral.

3.- En ocasiones también se puede plantear una terminación de la relación laboral en la empresa cedente y una nueva en el cesionario práctica que también se suele dar cuando no hay UPA, esto es más laborioso porque hay que acordar con cada uno de los empleados.

CAPÍTULO V.- MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

1.- ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

1.1.- Carácter imperativo de la Directiva sobre las condiciones de trabajo

1.2 Potenciales modificaciones – incluyendo las sustanciales

1.2.1.- Modificaciones por cambio de convenio

1.2.2.- Modificaciones por no poder reproducir el cesionario las condiciones

1.2.3.- Modificación por iniciativa del empleador

1.3.- Excepcionalidad por estado de quiebra o insolvencia

1.4- Margen de actuación más favorable para los trabajadores

2.- ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

2.1.- Modificaciones sustanciales

2.2.- Ius Variandi y el artículo 44.9 ET

2.3.- El deber de Información del artículo 44.9 ET y potenciales consecuencias

2.4.- Condición más beneficiosa

2.5.- Derecho condicionado a la vigencia de la relación laboral

2.6.- Sucesión de empresa y el derecho laboral concursal

3.- DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL. VALORACION

3.1.- Condiciones de trabajo y las potenciales modificaciones

3.2.- Ius variandi

CAPÍTULO V.- MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Conviene plantearse si es viable o no una modificación de las condiciones de trabajo, y de ser factible cómo se debería llevar a cabo. Se revisará, en primer lugar, la regulación de las modificaciones de trabajo según lo previsto en el ordenamiento jurídico comunitario (apartado 1); en segundo lugar, en el ordenamiento jurídico nacional (apartado 2); y en tercer lugar se analizará si existentes diferencias entre ambos ordenamientos y la valoración de las mismas (apartado 3).

1.- ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

Se revisará el carácter imperativo de la Directiva sobre las condiciones de trabajo (apartado 1.1); potenciales modificaciones, incluyendo las sustanciales, que puede ser a través del cambio de convenio, por no poder reproducir el cesionario las condiciones o por iniciativa del empleador (apartado 1.2); la excepcionalidad por estado de quiebra o insolvencia (apartado 1.3); el margen de actuación más favorables para los trabajadores (apartado 1.4).

De un primer análisis de la lectura de la Directiva, se podría mantener que se permite la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, incluso en perjuicio del trabajador, dado que esta posibilidad se contempla en el artículo 4.2.⁴⁹⁵ En este artículo se dice que, si la modificación sustancial llegara a producirse y el contrato de trabajo se rescinde como consecuencia de dicha modificación, se considerara imputable al empleador.

495.- Art. 4.1 de la Directiva: “el traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo. Los Estados miembros podrán establecer que no se aplique el párrafo primero a determinadas categorías concretas de trabajadores que no estén cubiertas por la legislación o la práctica de los Estados miembros en materia de protección contra el despido” Art. 4.2 de la Directiva: “si el contrato de trabajo o la relación laboral se rescinde como consecuencia de que el traspaso ocasiona una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, la rescisión del contrato de trabajo o de la relación laboral se considerará imputable al empresario”

Se diferencia de esta forma del despido, ya que en el artículo 4.1 establece que el traspaso no puede ser el motivo para el despido, pero que sí puede haber despido en casos en que, en paralelo a la transmisión haya otras causas que lo justifiquen. De esta forma, se podría observar el sensu contrario, es decir, si se hubiera querido proteger de la misma forma las condiciones de trabajo se hubiera requerido una justificación, cosa que no se hace. ¿Cuál es la protección, por tanto, que parece que hace la directiva?:

1.- En cuanto al despido: que no se puede despedir por el mero hecho de que tenga lugar una sucesión, pero sí que se podrían llevar a cabo despidos si hubiese justificación, por motivos económicos, técnicos o de organización.

2.- En cuanto a las condiciones:

- En primer lugar, que puede haber modificación sustancial de las condiciones de trabajo, incluso en perjuicio del trabajador, ya que el artículo 4.2 lo recoge. Se tendrán que diferenciar las causas para entender cuando puede ocurrir.

- En segundo lugar, cabe resaltar que la Directiva no impide que no se dé la modificación por el mero hecho de la transmisión, sino lo contrario. La versión española dice que, si el contrato de trabajo o la relación laboral se rescinde como consecuencia de que el traspaso ocasiona una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, se le imputara a la empresa. Habla directamente de que el traspaso podría ocasionar, de por sí, no que se necesiten causas que motiven medidas.⁴⁹⁶

496.- En la versión inglesa de la Directiva todavía parece quedar más claro la relación causa-efecto ya que se recoge de la siguiente forma: *"If the contract of employment or the employment relationship is terminated because the transfer involves a substantial change in working conditions to the detriment of the employee..."*, parece más claro porque mientras en la versión en castellano dice que la transferencia "ocasiona", según la RAE una de las acepciones de ocasionar es que hay un hecho o acontecimiento que se sigue o resulta de otro; mientras en la versión inglesa "involves" se puede traducir al castellano como "implica" o "supone" que según la RAE vienen a ser, implicar: Llevar consigo o significar algo, suponer: Implicar o llevar consigo algo. No obstante, sea como fuere, parece que ambas versiones llevan a la misma conclusión que la modificación está ligada a la transferencia.

- En tercer lugar, como se ha analizado anteriormente, la Directiva establece que los derechos y obligaciones se transmiten del cedente al cesionario (Vid supra cap. IV, apartado 1.1)
- En cuarto lugar, el cesionario tras el traspaso debe mantener las condiciones pactadas mediante convenio colectivo en los términos aplicables. (Vid supra cap. IV apartado 1.1)

En la jurisprudencia comunitaria existe el criterio por el que el traspaso en sí no puede ocasionar una merma en los términos y condiciones de los empleados afectados, (Asunto Ivana Scattolon) por lo que la primera pregunta que habría que hacerse es ¿cómo pueden convivir todos estos aspectos?, Es decir, si se deben mantener las condiciones laborales, las cuales además tienen que pasar del cedente al cesionario, ¿cómo puede permitirse a la vez una modificación sustancial de las mismas?

1.1.- Carácter imperativo de la Directiva sobre las condiciones de trabajo

El fin perseguido por la Directiva es garantizar a los trabajadores afectados por una transmisión de empresa el mantenimiento de los derechos que para ellos se derivan del contrato o de la relación de trabajo que les vinculaba con el cedente. Esta protección que establece la Directiva es de orden público, por lo tanto, las partes no pueden ignorar esta protección en virtud del principio de libertad de pactos. De esta forma lo establece el TJUE en el asunto Daddy's Dance Hall⁴⁹⁷, cuando recoge que las disposiciones de la Directiva, especialmente las relativas a la protección de los trabajadores contra el despido por causa de transmisión de empresa, deben considerarse imperativas, en el sentido de que en perjuicio de los trabajadores no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ellas.

497.- STJUE de 10 de febrero de 1988, Asunto Daddy's Dance Hall A/S, C-324/86

Basándose en este carácter imperativo se desprende que los trabajadores afectados no pueden renunciar a los derechos que la Directiva les reconoce y que no cabe admitir una disminución de estos derechos, incluso con el propio consentimiento de los trabajadores. Esta interpretación no queda afectada por el hecho de que, en contrapartida de los inconvenientes derivados de una modificación de su relación de trabajo, el trabajador obtenga otro tipo de ventajas, de tal manera que su situación final no sea globalmente menos favorable que la anterior. Es decir, no caben acuerdos entre el cesionario y los trabajadores modificando las condiciones de trabajo. De esta forma, en el asunto Giuseppe d’Urso, Adriana Venadori y otros⁴⁹⁸, el TJUE establece que las normas de la Directiva son obligatorias para todos, incluidos los representantes sindicales de los trabajadores, que no pueden disponer en contra de ellas por medio de acuerdos celebrados con el cedente o con el cesionario.

No obstante lo anterior, en el mismo asunto Daddy’s Dance Hall se mantiene que la Directiva no pretende instaurar un nivel de protección uniforme para toda la Unión en función de criterios comunes. Por consiguiente, en la medida en que, al margen del supuesto de una transmisión de empresa, el Derecho nacional permite modificar la relación de trabajo en un sentido desfavorable para los trabajadores, especialmente por lo que respecta a su protección contra el despido, una modificación de este tipo no puede excluirse sólo por el hecho de que, entre tanto, la empresa haya sido objeto de una transmisión y, por consiguiente, se haya celebrado un nuevo acuerdo con el empresario. En efecto, al subrogarse el cesionario en la situación del cedente en virtud del apartado 3 del artículo 3 de la Directiva, por lo que respecta a los derechos y obligaciones derivados de la relación de trabajo, ésta puede modificarse en relación con el cesionario dentro de los límites que cabría aplicar si se hubiese tratado del cedente; debiendo quedar claro que la transmisión de empresa en ningún caso puede constituir por sí misma el motivo de dicha modificación. Un trabajador no puede renunciar, respecto a su nuevo empleador, a los derechos que le confieren las disposiciones de la Directiva que revistan carácter imperativo, sin embargo, que cabe reconocer al empleado

498.- STJUE de 25 de julio de 1991. Asunto Giuseppe d’Urso, Adriana Venadori y otros, C-362/89.

semejante posibilidad a condición de que ésta haya existido igualmente respecto del cedente. El cesionario, en efecto, se encontraría en la misma situación que hubiera sido la del cedente en semejante caso. Por consiguiente, un trabajador puede convenir con el cesionario una modificación de su contrato de trabajo, dentro de los límites que habría cabido respetar si se hubiera tratado del cedente.

En definitiva, se establece que la Directiva solo puede invocarse para garantizar que el trabajador interesado quede protegido en sus relaciones con el cesionario de la misma manera que lo estaba con el cedente (Hans Werhof), protección esta de los trabajadores cuyo efecto solo puede producirse si las obligaciones de que se trata se transfieren al cesionario desde la fecha de la transmisión de la empresa (Harry Berg⁴⁹⁹).

1.2 Potenciales modificaciones - incluyendo las sustanciales

Parece que lo razonable es asumir que no cabe una modificación en las condiciones de trabajo por el mero hecho de la transmisión, es decir, que no puede ser la transmisión en sí, el único motivo por el que se lleve a cabo la modificación (Asunto Daddy's Dance Hall) Esto no es óbice para que pueda haber tres tipos de modificaciones las cuales pueden incluso ser sustanciales, tal y como se recoge en el artículo 4.2 de la Directiva, donde se establece que si esto ocurre el trabajador podrá rescindir su contrato de trabajo atribuyendo la responsabilidad al empresario (Europiéces SA,⁵⁰⁰). Sobre esta imputación al empresario que recoge la Directiva, se entiende que lo que se pretende establecer es que dicho cambio sustancial de las condiciones de trabajo conlleve lo que en la legislación nacional resulte de una decisión del empleador y no del trabajador. Esto es, que no se pueda atribuir al empleado que sea una baja voluntaria. Considerar al trabajador objeto de una rescisión voluntaria de su contrato de trabajo significaría en España, que quedaría dicha extinción contractual, sin derecho a indemnización, y dicho trabajador, sin posibilidad de encontrarse en situación legal de desempleo.

499.- STJUE de 5 de mayo de 1988. Asuntos acumulados Harry Berg, Ivo Martin Besselsen y otros, 144 y 145/87.

500.- STJUE de 12 de noviembre de 1998. Asunto Europiéces SA, C-399/96

Los tres tipos de modificaciones que se aprecian de acuerdo a la Directiva son las siguientes:

1.2.1.- Modificaciones por cambio de convenio

Previamente se ha analizado que la intención de la Directiva no es mantener la aplicación del convenio colectivo del cedente indefinidamente (Vid supra cap. IV apartado 1.1). Así la Directiva establece que dicha aplicación del convenio colectivo del cedente está limitada en el tiempo y, por tanto, en algún momento perderá su vigencia. La pregunta es cuándo. Pudiendo ser: 1) por el mero transcurso del tiempo, como mínimo hay que esperar un año, y, 2) por las cuatro causas analizadas, por las cuales, si se dan determinadas circunstancias puede significar un cambio de aplicación del convenio colectivo, pudiendo ser incluso automático e inmediato, procediendo a dicho cambio junto a la transmisión.⁵⁰¹

La Directiva mantiene que las modificaciones en los convenios pueden conllevar cambios en las condiciones laborales, siendo esto viable porque hay un límite en cuanto al periodo de vigencia del convenio colectivo del que es parte el empresario cedente. La Directiva protege las condiciones que los empleados tenían en la empresa cedente y establece que, por el mero hecho de la transferencia, no se pueden modificar dichas condiciones, pero, en casos de cambio de convenio, no se modifican por el mero hecho de la transferencia, se modifican porque se cumple alguno de los límites del convenio colectivo del cedente establecidos en la Directiva en su artículo 3.3.⁵⁰²

501.- Las 4 causas artículo 3.3 se estable que: “Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo

502.- Art. 3.3 de la Directiva: Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

De esta forma en el asunto Ivana Scattolon se refleja que cuando la Directiva establece que el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de aplicación de otro convenio colectivo, debe entenderse en el sentido de que el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa. Igualmente, en el asunto Mirja Juuri coincidió la transmisión con la expiración del convenio colectivo de la industria metalúrgica que era el del cedente.

No obstante, y como se refleja en el asunto Scattolon, la facultad de sustituir con efecto inmediato las condiciones de las que disfrutaban los trabajadores transferidos en virtud del convenio colectivo vigente en la empresa del cedente por las previstas en el convenio colectivo vigente en la del cesionario no puede tener por objeto, ni como efecto, imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión. Igualmente, la Directiva no puede ser eficazmente invocada para obtener una mejora de las condiciones de retribución u otras condiciones de trabajo con ocasión de la transmisión de una empresa.

1.2.2.- Modificaciones por no poder reproducir el cesionario las condiciones

En el artículo 4.1 de la Directiva se establece que la transmisión de una empresa no puede conllevar por sí mismo despidos, no obstante, estos podrán tener lugar si hay razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo. Podría plantearse, por qué para el despido se establece que tiene que haber razones económicas, técnicas o de organización y para las modificaciones de trabajo no. Se puede entender que, si el legislador ha diferenciado la casuística no lo ha hecho arbitrariamente, por lo que cabría plantear otras causas para modificar las condiciones que no se reflejen en los tres motivos recogidos para los despidos. Se estaría en esta situación por no poder reproducir o repetir las condiciones en la nueva empresa, empleados de banca que cambian de sector y ya no pueden tener

hipotecas o préstamos a un interés mínimo, empleados de aerolíneas que hasta el momento del traspaso gozaban de descuentos a la hora de costearse un vuelo, etc. La Directiva va incluso más allá de estos cambios ya que menciona los cambios sustanciales de las condiciones de trabajo, esta hipótesis cabría, por ejemplo, si una empresa o una factoría adquiere a una UPA donde hasta ahora había varios turnos y parte del personal trabaja de noche, mientras que el local de la nueva empresa o factoría debe permanecer cerrado durante esas horas, en este supuesto habría un cambio de horario que se podría considerar como un cambio sustancial⁵⁰³. Se podría discutir si es un cambio basado en un motivo de organizativo o no, pero precisamente la Directiva parece no querer entrar en esa discusión al no haber limitado los aspectos.⁵⁰⁴

De esta forma, en el asunto Mark Alemo-Herron se revisaba una transmisión de empresa por la que la sucesión se producía desde una persona jurídica de Derecho público como empresa cedente a una persona jurídica de Derecho privado como cesionario. En este sentido en la sentencia se refleja que en la medida en que se trata de una transmisión de empresa del sector público al sector privado, ha de considerarse que la continuación de la actividad del cesionario requerirá ajustes y adaptaciones importantes, dadas las diferencias inevitables que existen entre los dos sectores, en lo que se refiere a las condiciones laborales.

1.2.3.- Modificación por iniciativa del empleador

Habría una tercera vía de modificación de las condiciones laborales que podría reconducirse a lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Directiva cuando establece la información que hay que proporcionar a los representantes de los

503.- Art 41 ET: Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo; b) Horario y distribución del tiempo de trabajo

504.-En este supuesto daría igual, si de acuerdo con la legislación local del Estado miembro, tiene un fundamento organizativo o no; simplemente es un cambio real. Esto no significa que este cambio no deba llevarse a cabo conforme con la legislación local.

trabajadores y prevé que incluyan las “medidas previstas respecto de los trabajadores”. No se detalla en la Directiva a qué medidas se hace referencia; pudiendo ser las mismas, el cambio de convenio o la imposibilidad de reproducir alguna de las condiciones que los empleados tenían con el cedente, cambios que no solo conviene comunicar a los empleados afectados o sus representantes, sino que, además, lo recomendable sería acordar con ellos el cambio de aplicación de un convenio a otro.

Pues bien, además de estas dos causas, el TJUE ha mantenido que el cesionario debe estar legitimado a llevar a cabo las mismas acciones que podría llevar a cabo el cedente. Es decir, que en aquellos Estados miembros en los que cabría llevar a cabo una modificación sustancial y/o no sustancial de las condiciones laborales, se debe poder seguir llevándose a cabo. Si el ordenamiento jurídico de dicho Estado exige una justificación económica, técnica o de organización, habría que estar a lo dispuesto en esa legislación nacional.

Este aspecto es importante para entender que en paralelo a la transmisión se pueden llevar a cabo medidas laborales que impacten a los empleados transferidos, los cuales no están protegidos en este aspecto por la Directiva, por el hecho de haber sido su empresa objeto de una transmisión.

De esta forma en el asunto *Daddy’s Dance Hall* se establece que Directiva no se opone a una modificación de la relación laboral concertada con el nuevo empresario, si el Derecho nacional aplicable admite dicha modificación al margen del supuesto de una transmisión de empresa. Se podría admitir que un trabajador acordase con el cesionario una modificación de su contrato de trabajo, dentro de los límites que habría cabido respetar si se hubiera tratado del cedente. De la misma forma en *Giuseppe d’Urso* se dice que la Directiva tampoco impide que, si para evitar en la medida de lo posible los despidos una normativa nacional contiene disposiciones en favor del cedente que permitan aligerar o suprimir las cargas relacionadas con el empleo de trabajadores excedentarios, tales disposiciones se apliquen en beneficio del cesionario con posterioridad a la transmisión.

En *Anne Watson Rask*⁵⁰⁵ por su parte se mantiene que la Directiva no se opone a una modificación de la relación laboral con el nuevo empresario, en la medida en que el Derecho nacional aplicable admita dicha modificación en supuestos distintos al de transmisión de empresa. Igualmente, en este asunto se fija que, si el Derecho nacional permite modificar la relación laboral en un sentido desfavorable para los trabajadores, especialmente por lo que respecta a las condiciones retributivas, una modificación de este tipo no queda excluida sólo por el hecho de que, entre tanto, la empresa haya sido objeto de una transmisión y, por consiguiente, el contrato haya sido celebrado con el nuevo empresario.

En definitiva, la Directiva no permite modificaciones en las condiciones de trabajo ni el convenio colectivo aplicables basándose únicamente en la sucesión empresarial en sí. No obstante, tal y como se ha analizado sería posible modificaciones basadas bien en el cambio de convenio, por no poder replicar las condiciones del cedente, o porque si la legislación local lo permitiría al cedente también se lo permitiría al cesionario. A pesar de que estas modificaciones sean viables el TJUE en el asunto *Ivana Scattolon* esclarece que los cambios (en el caso de cambio de convenio) no pueden tener por objeto, ni como efecto, imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión. Igualmente, la Directiva no puede ser eficazmente invocada para obtener una mejora de las condiciones de retribución u otras condiciones de trabajo con ocasión de la transmisión de una empresa

505.- STJUE de 12 de noviembre de 1992. Asunto *Anne Watson Rask*, C-209/91

1.3.- Excepcionalidad por estado de quiebra o insolvencia

En el artículo 5.1 de la Directiva se establece que, salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los artículos 3 y 4 no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente.

Este artículo⁵⁰⁶ ha sido matizado por el TJUE en el asunto de la República Italiana⁵⁰⁷ donde se declaró que la República Italiana había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva. Ello al mantener en vigor las disposiciones en caso de "*crisis de la empresa*", de forma que no quedan garantizados los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 3, apartados 1, 3 y 4, así como en el artículo 4 de la Directiva, en caso de transmisión de una empresa declarada en estado de crisis. Pues bien, se constató que el hecho de que una empresa sea

506.- Prosigue regulando esta hipótesis y en el segundo punto establece que "en el supuesto de que los artículos 3 y 4 se apliquen a un traspaso durante un procedimiento de insolvencia (...) un Estado miembro podrá disponer que:

b) el cesionario, el cedente, o la persona o personas que ejerzan las funciones del cedente, por un lado, y los representantes de los trabajadores, por otro lado, puedan pactar, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad o de la parte de la empresa o del centro de actividad. "

Por último, en el apartado tercero del mismo artículo se regula que "un Estado miembro podrá aplicar la letra b) del apartado 2 a los traspasos cuando el cedente se encuentre en una situación de crisis económica grave, definida por la legislación nacional, siempre que la situación sea declarada por una autoridad pública competente y sea posible su control judicial, siempre que dicha disposición ya existiese en su ordenamiento jurídico el 17 de julio de 1998."

507.- STJUE de 11 de junio de 2009, Asunto República Italiana, C-561/07.

declarada en situación de crisis en el sentido de la Ley local no puede acarrear, necesaria y sistemáticamente, cambios en el plano del empleo en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva. Además, debe señalarse que las razones que justifican el despido sólo pueden aplicarse, conforme a las disposiciones italianas de que se trata, en casos específicos de crisis de empresa, como reconoce la propia República Italiana.

Por lo que respecta a la alegación que hizo la República Italiana, basada en la supuesta aplicabilidad de la excepción prevista en el artículo 5, apartado 2, letra a), de la Directiva al procedimiento de declaración del estado de crisis, tal como se recoge en la legislación local, en el supuesto de que los artículos 3 y 4 de la Directiva se apliquen a una transmisión durante un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente, y a condición de que dicho procedimiento esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente, los Estados miembros podrán disponer que, no obstante, lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, no se transfieran al cesionario determinadas obligaciones del cedente en las condiciones establecidas en la letra a) del apartado 2 de dicho artículo 5.

Ahora bien, el TJUE ha estimado que la Directiva:

- 1.- Era aplicable a la transmisión de una empresa que era objeto del procedimiento de declaración del estado de crisis;
- 2.- Que dicho procedimiento tiende a favorecer el mantenimiento de la actividad con vistas a su reanudación posterior y que no implica ningún control judicial ni ninguna medida de administración del patrimonio de la empresa y no contempla ninguna suspensión de pagos. Procede señalar, además, que el CIPI (Comitato Interministeriale per il coordinamento della Politica Industriale - Comité Interministerial para la Coordinación de la Política Industrial)⁵⁰⁸ se limita a declarar el estado de crisis de una empresa y que esta declaración permite a la empresa afectada acogerse temporalmente a la asunción de las remuneraciones de la totalidad o parte de sus trabajadores por parte de la CIGS (Cassa integrazione guadagni straordinaria - Caja de prestaciones de desempleo extraordinaria)

Finalmente, la sentencia recaída en el Asunto establece que, en relación con estos elementos, no cabe considerar que el procedimiento de declaración del estado de crisis de una empresa persiga una finalidad análoga a la que se pretende en el marco de un procedimiento de insolvencia como el referido en el artículo 5, apartado 2, letra a), de la Directiva, ni que se encuentre bajo la supervisión de una autoridad pública competente, tal como prevé el mismo artículo.

1.4- Margen de actuación más favorable para los trabajadores

En el artículo 8 de la Directiva, dentro ya de las disposiciones finales, se establece que lo en ella dispuesto no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores. Este artículo está en consonancia con distintas sentencias del TJUE en

508.- Artículo 47 de la Ley nº 428/1990 dispone en sus apartados 5 y 6:

5. Cuando la transmisión se refiera a empresas o unidades de producción respecto de las cuales el CIPI [Comité Interministerial para la Coordinación de la Política Industrial] haya declarado el estado de crisis, de conformidad con el artículo 2, apartado 5, letra c), de la Ley nº 675, de 12 de agosto de 1977, [...] la relación laboral de los trabajadores que continúen con el adquirente no se regirá por el artículo 2112 del Código Civil, a menos que el acuerdo establezca condiciones más favorables. Dicho acuerdo podrá establecer, además, que la transmisión no afecte al personal excedentario y que este último permanezca, en todo o en parte, al servicio del cedente.

6. Los trabajadores que no sean contratados por el adquirente, el arrendatario o el sucesor tendrán prioridad para optar a los contratos de trabajo que éstos celebren durante el período de un año contado desde la transmisión o durante un período más largo fijado por convenio colectivo. El artículo 2112 del Código Civil no se aplicará a estos trabajadores que sean contratados por el adquirente, el arrendatario o el sucesor con posterioridad a la transmisión de la empresa.»

Ley nº 675/1977, la declaración del estado de crisis de una empresa en el sentido del artículo 2, apartado 5, letra c), de dicha Ley permite a la empresa beneficiarse temporalmente de la asunción de las remuneraciones de la totalidad o parte de sus trabajadores por parte de la Cassa integrazione guadagni straordinaria (Caja de prestaciones de desempleo extraordinaria; en lo sucesivo, «CIGS»).

las que se mantiene que la Directiva no busca una armonización de las legislaciones de los Estados miembros, sino que haya un marco mínimo.⁵⁰⁹

Así, la Directiva otorga flexibilidad a los Estados miembros al objeto de permitir que regulen de forma diferente ciertos aspectos de la Directiva, como el límite temporal de un año del convenio colectivo del cedente, como derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de seguridad social, a su vez permite que no se aplique el párrafo primero del artículo 4 sobre los despidos a determinadas categorías concretas de trabajadores que no estén cubiertas por la legislación o la práctica de los Estados miembros en materia de protección contra el despido, etc.

Un buen ejemplo sobre esta materia, es el que se revisa en el asunto Gimnasio Deportivo San Andrés, S.L.⁵¹⁰, en liquidación, en el que se reconoce que los Estados miembros pueden incrementar la garantía de los trabajadores en supuestos de quiebra. Así, la sentencia recoge que, en el marco de una transmisión de empresa en la que el cedente es objeto de un procedimiento de insolvencia bajo la supervisión de una autoridad pública competente y el Estado miembro de que se trate haya optado por hacer uso del artículo 5, apartado 2, de la mencionada Directiva⁵¹¹ se va a permitir que las cargas de la Seguridad Social no se transfieran al cesionario. La Directiva no se opone a que dicho Estado miembro disponga que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente. La Directiva no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario. Es decir, que el Estado miembro podrá legislar y acordar aspectos que no supongan modificaciones de las condiciones; que vayan más allá de las garantías que la Directiva establece para los trabajadores y que

509.- por ejemplo, las Sentencias de asuntos como el de Daddy's Dance Hall entre otros

510.- STJUE de 28 de enero de 2015, Asunto Gimnasio Deportivo San Andrés, S.L, C-688/13.

no atenten contra la libertad de empresa del cesionario, como así se ha recogido igualmente en el Asunto Hans Werhof o en el de Mark Aleo-Herron.

Ahora bien, el artículo 8 no puede vaciar de contenido el resto de lo dispuesto en la Directa, por lo que no se admitirían pactos ni legislaciones que vayan en contra del espíritu de la norma comunitaria. Se estima que hay que entenderlo en el sentido de que puede reforzar la posición del empleado mientras no se menoscabe la libertad de empresa. Esto es muy importante porque en ocasiones se suele nombrar el artículo 8 de la Directiva intentando que toda regulación a favor de los trabajadores sea viable y el TJUE ha recogido en su jurisprudencia que esto no es posible, que también hay que proteger al empresario (Asuntos Hans Werhof y Mark Aleo-Herron).

511.- Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Art 5.2 de la Directiva: En el supuesto de que los artículos 3 y 4 se apliquen a un traspaso durante un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente (independientemente de que dicho procedimiento se haya iniciado para liquidar los activos del cedente) y a condición de que dicho procedimiento esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas determinado por la legislación nacional), un Estado miembro podrá disponer que:

a) no obstante lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3, no se transfieran al cesionario las obligaciones del cedente, derivadas de los contratos o de las relaciones laborales, que puedan existir antes de la fecha del traspaso o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, siempre y cuando dicho procedimiento dé lugar, en virtud de la legislación de ese Estado miembro, a una protección como mínimo equivalente a la que se establece para las situaciones cubiertas por la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (1), y, o alternativamente, que:

b) el cesionario, el cedente, o la persona o personas que ejerzan las funciones del cedente, por un lado, y los representantes de los trabajadores, por otro lado, puedan pactar, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad o de la parte de la empresa o del centro de actividad.

2.- ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

El artículo 44.9 ET establece que el cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Posteriormente, esta disposición fija el plazo de las consultas y de la buena fe y prosigue estableciendo que cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 del ET:

1.- El artículo 40.2.ET es artículo marco que habría que invocar en cualquier traslado colectivo que tuviese lugar en España. En este artículo se establece que el período de consultas con los representantes legales de los trabajadores debe ser de una duración no superior a quince días, dependiendo de si afecta a la totalidad del centro de trabajo o a un número dado de empleados. Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre el traslado.

2.- El artículo 41.4 ET prevé el procedimiento relativo a las modificaciones sustanciales de las condiciones de forma colectiva, en el territorio nacional. En concreto, la decisión de modificación deberá ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días (salvo que se establezca otro plazo en la negociación colectiva), que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos y medidas para atenuar las consecuencias.

Hay autores que mantienen que cuando la empresa implicada en el cambio de titularidad pretenda adoptar “medidas laborales”, en estos casos (traslados, modificaciones, despidos) el correspondiente empresario (tanto el cedente como el cesionario) debe de abrir un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Los tramites han de ser, lógicamente, los contemplados en las normas

correspondientes a esas técnicas modificativas. No obstante, se llega a mantener que la copia literal de las previsiones comunitarias que se refleja en el artículo 44.9 ET producen una “zozobra no desdeñable”.⁵¹²

Se critica que no puede compartirse el silencio observado respecto a eventuales despidos o las consecuencias de la interpretación contrario sensu de su redacción (¿acaso se introduce un trámite de consulta y negociación específico respecto de modificaciones no sustanciales?) El excesivo apego a las fórmulas que la Directiva tiene, como puede verse, su parte negativa; conviene pues, clarificar algo más la cuestión.

De esta forma se mantiene que la regla de oro es que el nuevo empresario dispone de las mismas facultades laborales que el anterior, como la jurisprudencia comunitaria ha destacado. Las distintas modificaciones que se pueden dar son:

1.- Por un lado, las medidas consideradas como modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, incluidos los traslados. La razón es clara, lo que la norma persigue es dotar de garantías a quienes se ven afectados por un cambio de empresario. Aunque no existiera esa subrogación, ya existe un procedimiento de información y sería ilógico que ahora se rebajara.

2.- Por otro lado, las otras modificaciones serían las medidas tipificadas, como los despidos colectivos o las suspensiones contractuales por causas económicas, existen normas que expresamente contemplan un trámite de información y consulta, seguramente, también que hay que seguir tal cauce, pese a que el art, 44.9 ET no lo haya indicado de manera expresa.

No obstante, quedan unas medidas inespecificadas. Las dudas surgen cuando se piensa en decisiones empresariales que afecten al modo en que se presta la actividad laboral y que no entran en alguna de las dos categorías precedentes: por ejemplo, adaptaciones de perfiles profesionales, nuevas contrataciones, reciclaje profesional, aplicación de pautas de comportamiento con la clientela, uniformidad, códigos

512.- SEMPERE NAVARRO, A.: “Aspectos laborales de la Reestructuración Empresarial...” *Op. ult. Cit.*

éticos, utilización de medios informáticos, etc. Se trata de decisiones que podría introducir por sí misma la empresa en virtud de su poder de dirección, en ocasiones sin necesidad de seguir trámite alguno, en otras informando a los representantes de los trabajadores (por ejemplo para planes de nuevas contrataciones, artículo 64.1.1º ET); en otras solicitando informe previo al comité de empresa (por ejemplo, para establecer planes de formación profesional o implantar un sistema de control de trabajo artículo 64.1.4º ET).

La doctrina mantiene que lo que la norma busca es aumentar las garantías comunes, reforzar la protección de los trabajadores afectados por la novación subjetiva de la empresa. Por tanto, los poderes directivos del empleador se están restringiendo o condicionando para este supuesto, de manera que decisiones susceptibles de adoptarse con discrecionalidad en condiciones normales, aquí han de sujetarse al trámite participativo descrito.⁵¹³

El específico trámite participativo del que viene hablando la doctrina no se extiende a cuantas decisiones adopten las empresas afectadas por el cambio de titularidad sino solo a aquellas medidas laborales que se desee implantar con motivo de la transmisión. La restricción material parece tan importante como lógica, pues se insiste en que nos encontramos con una garantía adicional provocada por haberse producido el cambio de empleador. Las decisiones ordinarias para el funcionamiento de la empresa que no posean tal etiología quedan al margen de la información y consulta. Lo importante no es que las medidas o acuerdos empresariales entren en juego justo al producirse la transmisión empresarial, sino que lo hagan por tal motivo.

Así, las decisiones empresariales que se implementen en el momento del cambio de titular empresarial, o en las semanas inmediatamente posteriores, pueden no estar originadas por la transmisión sino por otros motivos, en cuyo caso escaparían al procedimiento participativo en cuestión. Ahora bien, será razonable presumir la

513.- Se pregunta el profesor Sempere si *“¿A caso se está introduciendo un procedimiento de información y consulta en el que haya que “negociar de buena fe”?* y se responde que la respuesta ha de ser afirmativa.

conexión entre las medidas y la transmisión cuando se produzca esa proximidad temporal. En este sentido, medidas empresariales alejadas en el tiempo de la transmisión, pero que tengan en ella su motivo sí entrarían en la garantía. Ahora bien, aquí juega la presunción inversa a la anterior, conforme se aleje, cronológicamente, el fenómeno novatorio, disminuye su conexión de las decisiones empresariales⁵¹⁴.

Otros autores mantienen que el derecho de información de los representantes de los trabajadores, previsto en el artículo 44 ET se ha de llevar a cabo en relación a todo tipo de sucesión, con independencia de la existencia o no de consecuencias laborales a raíz de la misma, sea respecto a los trabajadores de la empresa cedente sea respecto a los de la empresa cesionaria. Ello, no obstante, en el supuesto en el que la sucesión va a tener consecuencias en el plano laboral, el nivel de participación de los trabajadores experimenta un incremento cualitativo. En principio se habla de “consulta, pero, en realidad, y al igual que ocurre ya con la generosidad con la que se utiliza tal término en artículos como el 40, 41 y 51 ET se trata de auténtica negociación.”⁵¹⁵ En efecto, el artículo 44.9 ET indica que el cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores.

Por tanto, se trata de un periodo de consultas predicable para las empresas implicadas en el proceso sucesorio, cedente y cesionaria. Al mismo tiempo, este periodo de consulta ha de realizarse en todos los supuestos en los que, se decida adoptarse medidas laborales en relación con los trabajadores. Esto es fundamental, ya que no se está calificando tales medidas como sustanciales, por lo que, en

514.- Sempere mantiene que “el criterio legislativo es impreciso y hay que interpretarlo con razonabilidad y de acuerdo con las exigencias de la buena fe, tomando en consideración para cada supuesto tanto la finalidad tuitiva de la norma cuanto la razonable conexión o autonomía con el cambio de empleador”.

515.- DEL REY GUANTER, S.: “El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: Anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET”, *TL*, núm. 61, 2001

principio, se trata de un periodo de consultas genérico sea cual sea el nivel de intensidad con el que se quiera afectar a relaciones laborales de los trabajadores afectados. Estas consultas han de desarrollarse, “con la suficiente antelación”, añadiéndose, que hay consultas que han de llevarse a cabo “antes de que las medidas se lleven a efecto”. Por tanto, si bien las empresas han podido adoptar las medidas laborales, internamente, sin contar con los representantes de los trabajadores, su ejecución va a venir condicionada por el hecho de que han de ser consultadas antes de ello con tales representantes.

Esta antelación va a venir además determinada por el hecho de que, más que de consulta, estamos ante una negociación, en tanto que el propio precepto dispone que “durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”. Por tanto, estamos ante una obligación de negociar en buena fe, la finalidad es posibilitar la consecución de un acuerdo, acuerdo que, aunque no sea obligatorio, sin duda implica otorgar un determinado plazo para posibilitar la negociación y dicho acuerdo.

No obstante, aquí no existe ni una concreta determinación temporal ni, procedimental. Parece que el procedimiento al que se refiere este apartado del artículo 44 ET es genérico y aplicable, sea cual sea el nivel de accidentalidad o sustancialidad de la medida laboral a adoptar.

En definitiva, la inclusión de los derechos de información y consulta supone un cambio de gran trascendencia, que pesará tanto sobre el empresario cedente como sobre el cesionario y que tiende a garantizar la participación de los representantes de los trabajadores a lo largo del proceso de sucesión, informándoles de los aspectos más importantes aparejados al cambio de titularidad y teniendo la obligación de negociar con estos las medidas laborales que se vayan a llevar a cabo en la empresa. Sin embargo, es notorio que la trasposición de estos derechos u obligaciones no ha sido la más adecuada, pues determinadas cuestiones quedan sin resolver.

Lo cierto es que estos derechos han sido vagamente definidos en la Ley, a través de una mera reproducción de los preceptos de la Directiva comunitaria por nuestra norma interna, sin que se haya llevado a cabo una verdadera trasposición. Por ello, seguiremos sin encontrar una respuesta unívoca y definida legalmente a cuestiones

como el plazo en el que se deberá facilitar la información a los representantes de los trabajadores, la información individual que se deberá facilitar a los trabajadores, con quien deberán llevarse a cabo las consultas en el caso de que no haya representación de los trabajadores o que medidas laborales darán lugar a la propia consulta, entre otras.

Ahora bien, lo que resulta más ilógico es que no se hayan previsto las consecuencias que tendrá el incumplimiento de tales deberes por parte del empresario, de manera que la única consecuencia cierta a día de hoy será la responsabilidad administrativa que se puede derivar de tal inobservancia.⁵¹⁶

De esta forma, conviene analizar las modificaciones sustanciales que únicamente se permiten a través del artículo 44 ET (apartado 2.1); el ius variandi y el artículo 44.9 ET (apartado 2.2); el deber de información del artículo 44.9 ET (apartado 2.3); la condición más beneficiosa (apartado 2.4); el derecho condicionado a la vigencia de la relación laboral (apartado 2.5); y la sucesión de empresa y el derecho laboral concursal (apartado 2.6)

2.1.- Modificaciones sustanciales

El artículo 41 del ET regula específicamente las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Así pues, no se ocupa de toda modificación posible, sino únicamente de aquellas que, adoptadas o propuestas por el empresario de modo unilateral, afectan a las condiciones de trabajo y tienen carácter sustancial.

Las Sentencias del Tribunal Supremo STS 7734/1995, STS 2955/2001 y STS 3095/2006⁵¹⁷ han calificado la lista de ejemplificativa y no exhaustiva, al afirmar

516.- GORROCHATEGUI POLO, M.: "Las garantías colectivas de los trabajadores en la sucesión de empresas", *Forelab*, 2016

517.- STS 7734/1995 de 3 de abril de 1995, STS 2955/2001 de 9 de abril de 2001 y STS 3095/2006 de 26 de abril de 2006.

que el elenco de posibilidades que en el precepto se contemplan no está limitado a las expresamente tipificadas en su apartado primero. De esta forma es claro que la lista no comprende todas las modificaciones que son sustanciales, pero también ha de afirmarse tampoco atribuye carácter sustancial a toda modificación que afecte a las materias expresamente listadas.

La modificación sustancial de condiciones de trabajo se distingue por definición de las modificaciones no esenciales que integran el “ius variandi” del empresario. El carácter sustancial o esencial de la modificación contractual justifica que el procedimiento para llevarla a cabo no sea el de la pura decisión discrecional del Empresario⁵¹⁸. En esencia, la modificación sustancial de condiciones de trabajo es una decisión empresarial (art 41.1 y 3 ET) que obedece a un interés también empresarial. Tal decisión se acompaña de distintos procedimientos, sea el fijado en el ET o los establecidos en convenio colectivo, según la modificación sea individual o colectiva⁵¹⁹. La inobservancia de estas reglas constituye infracción administrativa grave (art 7.6. LISS)⁵²⁰

La Ley 3/2012 ha introducido cambios en lo referente a las modificaciones en las condiciones de trabajo (las cuales han sido conflictivas) y en concreto afecta a tres cuestiones fundamentales: A) el ámbito de las modificaciones, B) el contorno de las causas y C) la instrumentalidad de las primeras (las modificaciones) sobre las segundas (las causas):

518.- GÁRATE CASTRO, J.: “La movilidad funcional”. *REDT* nº. 100, pág. 831: Para Gárate Castro las facultades de organización que corresponden al empresario son de grado distinto, desde el punto de vista de la intensidad y calificación de éstas, al correspondiente a la movilidad funcional a la que se encuentre unida. Así, cabe que la misma sea constitutiva de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y que, por el contrario, el cambio de puesto no rebase el ámbito del ejercicio del poder de dirección ordinario.

519.- MARTÍN VALVERDE, A.: “Derecho del trabajo...” *Op.. últ. Cit.*

520.- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

A) El ámbito de las modificaciones:

La nueva redacción del artículo 41 ET no ofrece duda interpretativa alguna respecto a que el salario puede ser modificado a la baja por voluntad unilateral del empresario [aunque ya se había admitido en la anterior referencia legal al «sistema de remuneración»], con el límite de la retribución prevista en el convenio colectivo, que únicamente es modificable por los trámites previstos en el artículo 82.3 ET ; Es decir, la exclusiva decisión empresarial únicamente alcanza -en lo que al salario se refiere- a las cuantías que el trabajador perciba como mejora del Convenio.

B) El contorno de las causas:

Se mantienen los cuatro ámbitos de las causas desencadenantes, siguen siendo: 1) los medios o instrumentos de producción [causas técnicas]; 2) los sistemas y métodos de trabajo del personal [causas organizativas]; 3) los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado [causas productivas]; y 4) los resultados de explotación [causas económicas, en sentido estricto].

C) La instrumentalidad de las modificaciones sobre las causas:

A diferencia del texto derogado, en la redacción vigente no es preciso que las modificaciones tengan el objetivo acreditado -en conexión de funcionalidad o instrumentalidad- de «prevenir» una evolución negativa o «mejorar» la situación y perspectivas de la empresa, sino que basta con que las medidas estén «relacionadas» con la competitividad, productividad u organización técnica. Lo que nos sitúa en la cuestión realmente decisiva, cual es la del alcance que pueda tener el control judicial de la medida empresarial adoptada.

La STS 599/2014⁵²¹ aclara que la alusión legal a conceptos macroeconómicos [competitividad; productividad] o de simple gestión empresarial

521.- STS 599/2014 de veintisiete de enero de 2014

[organización técnica o del trabajo], y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma [«prevenir»; y «mejorar»], no solamente inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de empresa y el «ius variandi» empresarial. Ello en términos tales que dejarían sin efecto la jurisprudencia del TS en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en materia de obligaciones colectivas, sino que la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a juicio del TS- la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma. Así, en la actual redacción de la norma, el control judicial estaría limitado a verificar que las razones y las modificaciones guarden relación con la competitividad, productividad, organización técnica o del trabajo en la empresa.

Contrariamente a esta última posibilidad, entiende el TS, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad», que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [artículo 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete, no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales. Como así se recoge en el fundamento jurídico cuarto, punto tres de la STS 599/2014.

Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella, sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad], excluyendo, en todo caso, que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse a lo que se ha llamado «dumping» social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede ser admisible en cualesquiera términos. Con mayor motivo

cuando el artículo 151 del Tratado Fundacional de la UE establece como objetivo de la misma y de los Estados miembros «la mejora de las condiciones de trabajo», a la que incluso se subordina «la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión»; y no cabe olvidar la primacía del Derecho Comunitario y la obligada interpretación pro communitate que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, en aplicación del art. 10.2 CE, tal y como se establece igualmente en el fundamento jurídico cuarto, punto tres de la STS 599/2104.

Desde que la reforma laboral viese la luz en 2012, primero como Real Decreto y luego como Ley 3/2012 ha habido y sigue habiendo mucho debate político y jurídico sobre el tema. Los sindicatos CCOO, UGT, entre otros, convocaron la huelga general de trabajadores el 29 de marzo de 2012⁵²². Se presentaron proposiciones de enmiendas de la Ley en el Congreso de los Diputados⁵²³ y se llegaron a interponer recursos de inconstitucionalidad. En la STC 8/2015, se analiza la modificación llevada a cabo en el artículo 41 ET, rechazando la incostitucionalidad.⁵²⁴

522.- GOMEZ, M.: sobre la huelga general el 29 de marzo de 2010, *Periodico El país*.
http://politica.elpais.com/politica/2012/03/08/actualidad/1331242620_561548.html

523.- Boletín Oficial de las Cortes Generales, 26 diciembre 2014:
http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-584.PDF

524.- STC 8/2015 de 22 de enero de 2015: Fundamento jurídico 4 a): los condicionantes a los que el art. 41 LET somete el ejercicio de la facultad empresarial de modificación unilateral de las condiciones de trabajo fijadas extraestatutariamente. La citada facultad empresarial, en primer lugar, no puede afectar a los convenios colectivos sino sólo a pactos «extraestatutarios» o «de eficacia limitada». En segundo lugar, se concibe únicamente como alternativa al fracaso de la negociación previa y preceptiva con los representantes de los trabajadores. En tercer lugar, no excluye la posibilidad de acudir a aquellos otros procedimientos específicos establecidos en la negociación colectiva para llevar a cabo esas modificaciones. En cuarto lugar, tampoco impide a las partes acordar la sustitución de esa negociación previa por un procedimiento de mediación o arbitraje. En quinto lugar, no permite al empresario adoptar la decisión de forma discrecional, sino exclusivamente cuando concurren «probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción» (apartado 1). En sexto lugar, se atribuye al trabajador en determinados casos y cuando acredite la concurrencia de un perjuicio, la posibilidad de rescindir el contrato con derecho a percibir una indemnización. Y, en último lugar, la decisión empresarial queda sujeta, en todo caso, al control

El hecho que el artículo 41 ET haya resultado conflictivo ha llevado a dos posturas:

A) Pro laboral: Manteniendo que la reforma ha constituido uno de los mayores ataques al derecho del trabajo y a las instituciones laborales desde de la aprobación del ET, resaltando el poder unilateral del empresario para modificar puestos de trabajo, distribución de jornada y movilidad geográfica. Además, la reforma permite modificar el contenido de pactos individuales y colectivos (salario, jornada...) lo que, se ha llegado a calificar de “sangrante” opción por la que trabajadores pueden ver reducida su retribución y la protección social futura o engrosar la estadística de desempleados, sin garantía de recuperación de las condiciones, si posteriormente el empleador decide extinguir contratos tras nueve meses de disminución de ingresos o ventas.⁵²⁵

judicial ante la jurisdicción social, al ser impugnable tanto colectivamente (conflicto colectivo), como individualmente (acción individual). La medida supera el juicio de idoneidad al ser adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, evitar la destrucción del puesto de trabajo mediante su adaptación a las concretas circunstancias que atraviere la empresa. También supera el juicio de necesidad pues, al margen de que los recurrentes no ofrecen como alternativa la existencia de otra medida menos lesiva que permita la consecución de aquel fin con la misma eficacia, no se advierte que se haya producido con la medida elegida por el legislador un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza, a la vista de los condicionantes a los que se somete el ejercicio de la facultad empresarial de modificación, y, en concreto, al concebir la modificación unilateral del empresario como un recurso sólo permitido ante el fracaso de los preceptivos mecanismos previos de negociación o transacción con los representantes de los trabajadores. Y, en fin, también supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues se trata de una medida que resulta ponderada, no sólo por los límites y garantías a las que la ha sometido el legislador, sino también por derivarse de su aplicación más ventajas para el derecho al trabajo que perjuicios para el derecho a la negociación colectiva.

525.- En este sentido se ha pronunciado la Asociación de Jueces y Magistrados “Jueces para la democracia, quien igualmente, mantenía que, la reforma introducida por Real Decreto Ley 3/2012370, así como la anterior contenida en la Ley 35/2010 y las que a esta sucedieron, no servirá para crear empleo estable, no combatirá la dualidad del mercado de trabajo y produce un peligroso desequilibrio entre las partes de la relación laboral, poniendo en peligro la existencia misma del

B) Pro empresa: Manteniendo que a pesar de que la reforma laboral de 2012 ha introducido importantes avances al respecto de la flexibilidad, el sistema laboral español sigue siendo aún demasiado rígido, limitado y en exceso burocrático. Se señalaba así mismo que se ha diseñado unos canales de flexibilidad interna que no han funcionado adecuadamente porque les faltaba agilidad y no otorgaban certeza suficiente al empresario. De ahí que se haya recurrido más a elementos externos, como la subcontratación de actividades o la contratación temporal, como factores de flexibilidad.⁵²⁶

Derecho del Trabajo y la de los valores constitucionales de los que ha venido nutriéndose. Señalando, en definitiva, que su obligación como jueces garantes de los derechos fundamentales de los trabajadores es continuar aplicando las leyes laborales conforme a los principios y valores constitucionales, poniendo freno a los posibles abusos que tan amplias posibilidades de disposición del contrato de trabajo se otorgan al empresario. Afirmando, en este sentido, que seguirán sin duda en esa línea, “obviando las muestras de desconfianza del legislador materializadas en las reformas introducidas a la ley procesal, aún desde la insostenible carga de trabajo que están soportando”: *Asociación Jueces para la Democracia, comunicado 16 de febrero 2012* <http://www.juecesdemocracia.es/txtComunicados/2012/16febrero12.htm>

526.- En este sentido, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), publicaba en junio de 2015 el “Informe sobre singularidades socioeconómicas del mercado laboral español de 2015” en el que bajo el epígrafe titulado “Marco jurídico rígido” se establecía, basándose en el anuario sobre competitividad mundial 2015, publicado por el Institute for Management Development (IMD) de Lausana, que el mercado de trabajo en España se ajusta preferentemente mediante volumen de empleo, eliminando puestos de trabajo, mientras que otros países han sido capaces de articular mecanismos que han ajustado tiempo de trabajo, condiciones salariales, o movilidad geográfica y funcional, por citar otros elementos de ajuste alternativos.

Prosigue el estudio manteniendo que existe inseguridad jurídica ante las múltiples reformas y cambios normativos. Mantiene que las múltiples reformas normativas adoptadas en España, especialmente las promulgadas a partir del año 2012, han supuesto una modificación sustancial del marco jurídico que regulaba las relaciones laborales en nuestro país. Seguía la CEOE manteniendo que, esos cambios normativos, no siempre de fácil comprensión y aplicación y con un elevado volumen de derecho transitorio, no otorgan la necesaria seguridad jurídica para el adecuado desarrollo de la actividad empresarial. Otro punto a destacar es en el que se recoge que el marco normativo es más exigente para las empresas grandes, se mantiene que el marco normativo español resulta más exigente para las grandes empresas, en materias tales como los despidos colectivos, la

Las empresas y los trabajadores se enfrentan a que no hay un *numerus clausus* o lista de conceptos que se entienda como condiciones fundamentales de trabajo ya que el artículo 41 del ET da una lista, pero establece que “tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias...”. Aunque la jurisprudencia es clara en algunos aspectos, como en lo referente al salarial, incluyendo forma y tiempo de pago, hay otras condiciones que no están delimitadas, por lo que hay que estar caso a caso, teniendo en cuenta que tendrá carácter sustancial cuando sea de tal naturaleza que altere o transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral. Así, por un lado, puede darse una modificación incluso de las materias del artículo 41 ET, que puede ser considerada como no fundamental y, por otro lado, cualquier otro aspecto laboral pueda ser considerado como fundamental siempre que vea una conexión fundamental entre el aspecto en concreto y la relación laboral.

En cuanto al principio «*rebus sic stantibus*» mencionado por el TS en la citada sentencia STS 599/2014, cabe resaltar que el ordenamiento jurídico laboral ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema, en concreto, en las Sentencias del TS, 2043/2013⁵²⁷ y la sentencia 3675/2007⁵²⁸ entre otras, en las que ha razonado lo siguiente:

modificación sustancial de condiciones de trabajo, la aportación al tesoro público en despidos colectivos, los derechos de representación de los trabajadores o la prevención de riesgos laborales. En este sentido, Jueces para la Democracia rechazaba, tras la publicación anterior, las interpretaciones judiciales forzadas y en su opinión las críticas como la de la CEOE representan una presión a los magistrados para que se decanten a favor de una de las partes, y no, precisamente, la que menos poder contractual tiene. "Lo que se pretende es eliminar cualquier atisbo de control sobre el poder empresarial". Asociación Jueces para la Democracia, Nota de prensa de Europapress, febrero 2012: <http://www.europapress.es/nacional/noticia-jueces-democracia-denuncia-presiones-ceoe-20150720141032.html><http://www.juecesdemocracia.es/txtComunicados/2012/16febrero12.htm>

527.- STS 2043/2013 de 12 de marzo de 2013.

528.- STS 3675/2007 de 26 de abril de 2007.

1.- Que es cuestión muy controvertida la relativa a la incidencia de la modificación sobrevenida de las circunstancias en el ámbito del Derecho del Trabajo; y más singularmente sobre las obligaciones pactadas en Convenio Colectivo. En la doctrina civil, existen al respecto diversas teorías [de la cláusula «rebus sic stantibus»; de la imprevisión; de la excesiva onerosidad de la prestación; o la de la desaparición de la base del negocio], conforme a las cuales – se posibilitaría la extinción o modificación de la relación obligatoria si se alteraran de modo trascendente e imprevisible las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes como necesarias para su desarrollo o para alcanzar el fin por ellas perseguido. Pero se señala, asimismo, que la propia jurisprudencia civil ha sido marcadamente restrictiva en la aplicación de tal doctrina, desde que hubiese destacado la excepcionalidad de la medida [«tan equitativa como necesitada de aplicación muy cautelosa»] y con mayor motivo desde que se fijase sus rigurosos requisitos: a) alteración extraordinaria de las circunstancias; b) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado; y c) sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles.

Exigencias de las que siempre se hizo eco la jurisprudencia social, limitando la posible excepción al principio «pacta sunt servanda» a supuestos extraordinarios en que por virtud de acontecimientos posteriores e imprevistos resulte extremadamente oneroso para una de las partes mantener el contrato en su inicial contexto.

2.- Si en el ámbito del Derecho civil la cláusula -«rebus sic stantibus»- tiene dificultades aplicativas, con mayor motivo se presentan obstáculos a ella en el Ordenamiento jurídico laboral, tanto por sus específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo [arts. 39 a 41 ET], cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho [art. 3.1 ET], de tal suerte que los convenios están llamados a disciplinar el desarrollo de la relación de trabajo en el ámbito que les es propio, en tanto no sean anulados, en todo o en parte. Hasta el punto de que la teoría [«rebús sic stantibus»] únicamente cabría aplicarla -restrictivamente- cuando se tratase

de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE [«cuerpo de contrato y alma de Ley», se ha dicho]; e incluso -tratándose de condición individual de trabajo la citada cláusula «rebus sic stantibus» habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET , pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la Empresa.

3.- Estas afirmaciones se ven corroboradas por diversos precedentes del TS, sentados no sólo en las sentencias que acaban de citarse, sino en otras muchas. En efecto, si bien excepcionalmente se ha contemplado la incidencia de circunstancias sobrevenidas en las condiciones de trabajo pactadas colectivamente, en tales casos no se ha entrado a resolver el tema planteado por inexistencia de datos de hecho que lo consintieran, o bien se accedió a la pretensión, no por aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus», sino por la desaparición del presupuesto sobre el que se asentaba la mejora de cuya supresión se trataba. Y la restante casuística jurisprudencial va referida a condiciones más beneficiosas, cuya unilateral alteración por causas sobrevenidas se rechaza.

Por lo que, aunque el TS califica en la STS 599/2014 anteriormente revisada, la cláusula «rebus sic stantibus» como restringida, como vemos en estas últimas sentencias más que restringida en la realidad es prácticamente poco viable.⁵²⁹

529.- En este sentido, e interactuando la claususla rebus sic stantibus y una sucesión de empresa: STSJ Baleares 12 diciembre 2003 (AS 191/2004) y 11 octubre 2004 (AS 2986) “la entrada en juego de la cláusula rebus sic stantibus, instrumento técnico que tiene por finalidad remediar las consecuencias injustas que puede originar el mantenimiento a ultranza de la fuerzade obligar de las estipulaciones contractuales en las relaciones de larga duración, descansa de modo ineludible en la aparición de hechos o acontecimientos imprevisibles para las partes y efectivamente imprevistos en el momento de celebrar el contrato y de tal enjundia o entidad que lleguen a provocar el desequilibrio de las prestaciones básicas del mismo según lo convenido. Nada de imprevisible hay, sin embargo, en la obligación que pesa sobre

2.2.- Ius Variandi y el artículo 44.9 ET

El poder de dirección se desenvuelve dentro del ámbito del trabajo convenido, ajustando y adaptando el mismo e introduciendo los cambios necesarios, pero no esenciales. El ius variandi, como manifestación del poder de dirección y organización del trabajo por parte del empleador, permite a este prescindir del contrato como marco que delimita el trabajo pactado e introducir cambios extraordinarios⁵³⁰. La posibilidad reconocida por el ET al empresario para llevar a cabo la adaptación de las funciones del trabajador a las necesidades de las empresas obedece a la finalidad de alcanzar una mejor organización del trabajo y de la producción, así como un ahorro en los costos que mejorará la cuenta de resultados de la empresa y su posición competitiva en el mercado⁵³¹.

Se ha señalado que la libertad empresarial de organización del trabajo está condicionada jurídicamente a su funcionalidad productiva, de manera que tiene como límite, incluso dentro de los límites de su “ius variandi” débil o no sustancial, la ilicitud de aquellas medidas que se adoptan con finalidad de represalia frente al ejercicio de derechos laborales del trabajador y de sus derechos fundamentales, que

Ineuropa Handling UTE de facilitar billetes de avión a los trabajadores procedentes de la compañía Iberia. Cuando voluntariamente decidió concurrir a la adjudicación de la segunda concesión del servicio de handling sabía que tendría que asumir un número determinado de trabajadores del primer concesionario respetando la integridad de los derechos que por efecto de la relación laboral a cada uno correspondía; y puesto que el derecho de constante referencia se hallaba establecido en el Convenio Colectivo de Iberia con carácter general para el personal de dicha empresa, claro es que la adjudicataria del concurso pudo conocer con suma facilidad la existencia de ese derecho y, por ende, calibrar por anticipado el coste económico y las dificultades materiales que entrañaría para ella procurar su efectividad

530: ROMÁN DE LA TORRE: *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Ed. Grapheus. Valladolid. 1992

531: MONTOYA MELGAR A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”. *RMTAS* núm. 48, 2004, pg. 136; MONTOYA MELGAR, A.: “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”. *RMTAS* núm. 23, 2000, pg. 29.

no pueden ser vulnerados arbitrariamente por el mero hecho de que las decisiones empresariales no excedan de los límites de la “sustancialidad”⁵³².

De esta forma, algún autor ha señalado que los artículos. 39 a 41 ET lo que hacen es sujetar determinadas decisiones empresariales de modificación del estatus contractual del trabajador a límites materiales, causales y/o procedimentales. Pero no agotan las capacidades directivas del empresario. Así, el artículo 39 ET limita la movilidad funcional más allá de la clasificación original del trabajador, pero presupone la existencia de un poder de especificación en su interior que se ejerce libremente. Del mismo modo, el artículo 40 ET condiciona ciertas decisiones en punto a movilidad geográfica; sin embargo, por debajo del umbral en que actúa el precepto, el empresario puede movilizar al trabajador con total libertad. En fin, las restricciones a las modificaciones sustanciales del artículo 41 ET implican la capacidad empresarial de variar discrecionalmente las condiciones de trabajo, siempre que el cambio no haya de ser reputado sustancial, es decir, forma parte del poder de dirección empresarial un «ius variandi» o poder de modificación no

532: MORENO DE TORO, C.: “Ejercicio y límites del Ius Variandi del empresario”. *Temas Laborales*. núm. 98, 2009. Págs. 201-211.

En este sentido, SERRANO GARCÍA, J. M., “Efectos laborales de las reestructuraciones empresariales: fusiones o escisiones empresariales”, en PATÓN GARCÍA, G., (coord.) *La liquidación de empresas en crisis: aspectos laborales, fiscales y mercantiles*, Bosch 2014, p. 200 y p. 220: La libertad de empresa, consagrada en el artículo 38 de la Constitución española, permite los procesos de reestructuración empresarial que, como se decía anteriormente, forman parte de las estrategias empresariales en la actualidad. Sin embargo, esa libertad de empresa se ve afectada por la protección del trabajador y el principio de estabilidad en el empleo, consagrado en el artículo 35 de nuestra Carta Magna.

sustancial del contrato, entendido como poder de especificación o concreción de la necesariamente genérica prestación laboral [arts. 5.c) y 20.1 y 2 ET].⁵³³

La jurisprudencia⁵³⁴ ha dictaminado que el empresario está legitimado para ejercer la variación de funciones por motivos de reestructuración empresarial, sin sujeción a requisito causal alguno ni control previo sobre su pertinencia, ni control de los representantes de los trabajadores ni de ninguna instancia pública. Además, puede imponer la adaptación o variación de funciones todo el tiempo que desee. Porque en el ejercicio de su “ius variandi” ordinario está legitimado para proceder a tales cambios sin invocación de causa alguna, con plena discrecionalidad, si bien respetando el principio de que el cambio o puede imponer una función o tarea cuyo desempeño desborde la titulación académica profesional correspondiente al puesto que se venga desempeñando, según la STSJ Galicia.⁵³⁵

No obstante, al revisar el ius variandi en los casos de sucesiones de empresa hay autores que mantienen que el artículo 44.9 ET constituye una restricción de los poderes directivos empresariales en los procesos de transmisión empresarial a favor de la participación de los trabajadores como clave del éxito de dicho proceso.

533.- GOERLICH PESET, J.M.: *Poderes del empresario, en Derecho del Trabajo*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016.

En este sentido, Martín Valverde, A.: “Derecho del Trabajo...” *Op. ult. Cit.*: Las modificaciones pactadas por las partes del contrato no necesitan recorrer el cauce legal de las modificaciones sustanciales, y que cualquier otra modificación que pretenda efectuar el empresario unilateralmente queda fuera del radio de acción de este precepto. Para valorar si se puede o no llevarla a cabo habrá que atender a otros pasajes legales y, en particular, al poder de organización y dirección del trabajo que el artículo 20 ET le concede al empresario, del que se deduce que el empleador puede introducir todos aquellos cambios que no sean sustanciales o que no afecten a las condiciones comprendidas en el artículo 41 ET, salvo que otro precepto legal se lo impida o le imponga restricciones a tal efecto, como se establece en la jurisprudencia del TS, por ejemplo en la STS 3095/2006 por la que se revisa el concepto del “ius variandi” y acaba fallando que el cambio de centro en cuestión que conllevaba un desplazamiento de 13,4Klm no es una modificación sustancial.

534.- TSJSS de Cataluña de 6 marzo 2006 (AS 2006/2431).

535.- STSJ de Galicia de 31 de enero 1994.

Así pues, es lógico pensar que también las decisiones susceptibles de adoptarse con discrecionalidad en condiciones normales, en los supuestos de transmisión de empresa, han de sujetarse al trámite participativo. Seguramente, la cuestión que entraña mayor complejidad es la de determinar en qué supuestos las medidas laborales se producen con ocasión de la transmisión y, por tanto, sujetas al periodo de consulta-negociación.⁵³⁶

2.3.- El deber de Información del artículo 44.9 ET y potenciales consecuencias

Las formas de participación de los representantes legales de los trabajadores en la toma de decisiones relativas a la transmisión de empresas, se canalizan a través de dos vías, el derecho a ser informados sobre cambio de titularidad de la empresa y una serie de aspectos sobre la transmisión y, por otro lado, a través del derecho de consulta de los representantes de los trabajadores en aquellos casos en los que se pretendan llevar a cabo modificaciones de las condiciones de trabajo.⁵³⁷

De esta forma se analizará el deber de información, de consulta y sus posibles consecuencias:

A) El deber de Información y consulta del artículo 44.9 ET

El derecho de información a los representantes de los trabajadores, previsto el artículo 4 de la Directiva está ligado al artículo 7 de la misma ya que en aquel se establece que cedente y el cesionario deberán informar a los representantes de sus trabajadores respectivos, afectados por un traspaso, de las medidas previstas respecto de los trabajadores. El ET recoge el mismo aspecto en el artículo 44.9 ET donde se establece que el cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores.

536.- DEL REY GUANTER, S.: "El régimen jurídico". *op. últ. cit.*

537.- MERCADER UGUINA, J. R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch 2016, 9a Ed.

Este período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 ET correspondientes.

El problema que encontramos en la redacción de este precepto es que resulta un tanto vaga. La estipulación del ET es similar a lo que se prevé en la Directiva, ahora bien, hay que tener en cuenta que la Directiva es una norma de mínimos, armonizadora y no unificadora, que ofrece a los Estados miembros cierto margen de maniobra a la hora de trasponer las disposiciones a sus ordenamientos internos.⁵³⁸

La Audiencia Nacional ha analizado estas dos regulaciones, la de la Directiva y la del ET en su sentencia SAN 3210/2014⁵³⁹ manteniendo que en principio el artículo 44.9 ET y el 7 de la Directiva 2001/23 están en sintonía. En los Fundamentos de Derecho noveno y siguientes se revisa lo que para la Sala es el núcleo esencial del debate, el art. 44.9 ET prevé, con motivo de la transmisión, la adopción de medidas laborales en relación con los trabajadores; y se analiza desde la Sala lo siguiente:

- En primer lugar, que el artículo 44.9 ET respeta el artículo 7 de la Directiva 2001/23. En ambos se establece, para el cedente y para el cesionario, el deber de información y consulta con los representantes de los trabajadores acerca de la transmisión de empresa y de sus consecuencias.

538.- Sobre la norma comunitaria y su relación con la ley nacional, vid., DE SOTO RIOJA, S., "Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional", en CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 601-674.

539.- SAN 3210/2014 de 14 de julio de 2014

- En segundo lugar, que partiendo de la inexorable regla de que la transmisión de empresa, nunca puede por sí misma justificar la modificación de las condiciones contractuales y convencionales que disfrutaban los trabajadores cedidos⁵⁴⁰, la única interpretación que cabe dar al artículo 44.9 ET es que las previsiones contenidas en el mismo hacen referencia al deber de informar y negociar las posibles modificaciones que, con motivo de la transmisión, se pudieran ocasionar en los trabajadores del cedente o del cesionario, distintos del colectivo de trabajadores cedidos, es decir:

1. Aquellos que perteneciendo al cedente y como consecuencia del traspaso de una parte de la empresa, pueden por tal motivo ver alteradas sus condiciones de trabajo al dejar de realizarse la parte de la actividad empresarial cedida.
2. Aquellos que perteneciendo al cesionario y como consecuencia del traspaso también pueden ver modificadas sus condiciones debido a la asunción de una nueva actividad empresarial y la incorporación del personal cedido.

Por consiguiente, tanto el artículo 44.9 ET como el artículo 7 de la Directiva están haciendo referencia a un colectivo de trabajadores distinto del cedido como consecuencia de la transmisión y no al colectivo de trabajadores cedidos por virtud del traspaso empresarial cuya situación se regula en el artículo 44.3 y 4 ET, de modo que no es factible en ningún caso que el fenómeno sucesorio de empresa sirva de fundamento para la modificación de condiciones convencionales o contractuales del colectivo cedido. Así, según la SAN, las razones que permiten llegar a esta conclusión, no sólo se fundamentan en que la interpretación propuesta a la norma por la demandada sería contraria de plano a las previsiones del artículo 44 3. y 4 ET y 3 de la Directiva, sino en su propia redacción.

540.-Como se ha analizado, que no pueda haber modificación en las condiciones laborales en base únicamente a la transmisión, no quiere decir que efectivamente sí puede haber modificación si se da alguna de las circunstancias revisadas

Ambas normas establecen las obligaciones de información y consulta, tanto para cedente como para cesionario, lo que corrobora que tales obligaciones sólo adquieren sentido si lo son para con sus trabajadores respectivos ajenos a la transmisión. Ello porque carecería de lógica que tales obligaciones se refirieran al colectivo de trabajadores cedidos, máxime cuando estos vienen legalmente obligados a aceptar la sustitución de la persona del empresario. En tal sentido, cabe recordar que numerosas STS, por todas la STS 6381/2004⁵⁴¹ han sostenido el carácter imperativo del cambio de empresario para el trabajador.

Además de que en ambas normas se infiere que se trata de obligaciones separadas para cedente y cesionario y para cada uno con relación a sus respectivos trabajadores. Se trata de dos obligaciones diferenciadas que sólo adquieren sentido si se refieren a los trabajadores de las respectivas plantillas de cedente y cesionario, afectadas no por el fenómeno sucesorio en sí mismo, sino por sus consecuencias. Ello supone también que incluso temporalmente el art. 44.9 ET no se pueda aplicar en la conformación del fenómeno sucesorio, sino que ha de consistir en una actuación de información y consulta separada de aquel, si bien antes de que las medidas que afecten a los colectivos de trabajadores no cedidos a éstos se les vayan a aplicar, lo que acontecerá en ambos casos, tanto para los del cedente como para los del cesionario, como consecuencia y tras haberse producido el hecho sucesorio.

En definitiva, en esta sentencia la AN mantiene que la única interpretación posible del artículo 44.9 ET es que las previsiones contenidas en el mismo hacen referencia al deber de informar y negociar las posibles modificaciones que, con motivo de la transmisión, se pudieran ocasionar en los trabajadores del cedente o del cesionario,

541.- STS 6381/2004 de 11 de octubre de 2004

distintos del colectivo de trabajadores cedidos. La AN, refrendada por la STS 4396/2016, ha vuelto a seguir los mismos razonamientos en la SAN 197/16 de 21 de diciembre de 2016.⁵⁴²

Ahora bien, si el artículo 44.9 ET estuviera destinado exclusivamente a plantillas que no se transfieren de una compañía a otra, este artículo sería redundante, ya que la opción de adoptar medidas laborales con dichas poblaciones, las no afectadas directamente por la transferencia, se recogen precisamente en los artículos 40.2 y 41.4 ET, al igual que el 47 ET y los modificados por la Ley 3/2012.

Para llegar a esta conclusión, la Audiencia Nacional se basa en el principio que emana de la Directiva 2001/23 y de la jurisprudencia comunitaria relativa a que la transmisión de empresa en ningún caso puede constituir por sí misma el motivo de dicha modificación, lo que es correcto, claro y contundente. No obstante, esto no impide que en la realidad sí que haya modificaciones de las condiciones laborales ligadas a la transmisión. El que no se puedan basar solamente en el hecho de la transmisión no es óbice para que dicha transmisión conlleve aparejado un necesario ajuste basándose en causas recogidas en las legislaciones de los Estados miembros, tal y como se ha señalado (Vid Supra cap. V apartado 1). Así, este razonamiento

542.- Esta SAN se ha visto refrendada por la STS 4396/2016 de 12 de septiembre de 2016, donde se mantiene que los acuerdos alcanzados el 13-3-2014 por parte del BMN, de los sindicatos UGT, SELG, SIC, SECP, y ACCAG y de la codemandada ENERGUIA WEB, se amparan en el art. 44.9 ET contrariando su correcta aplicación, con el objetivo de perseguir un fin prohibido por el ordenamiento cual es la alteración del derecho al mantenimiento de las condiciones contractuales y convencionales de los trabajadores cedidos en los términos previstos en el art. 44. 3 y 4 ET al inaplicar el convenio de cajas de ahorro sustituyéndolo por el convenio de empresas de consultoría y además llevar a cabo modificaciones en sus condiciones de trabajo que afectan a jornada, vales de comida, vacaciones, categorías y promoción, estructura y niveles salariales, antigüedad y beneficios sociales, al tiempo que quedan derogadas todas las condiciones no expresamente previstas en el acuerdo que vinieran disfrutando en BMN con independencia de su origen o naturaleza. Y por ello, habiendo las partes adoptado tales acuerdos por el cauce del periodo de consultas establecidos para la modificación de condiciones y movilidad geográfica, lo así acordado puede y debe ser objeto de revisión en sede judicial, aun cuando hubiera concurrido acuerdo con la parte mayoritaria de los representantes de los trabajadores, acuerdo que carece de toda validez por ser contrario a normas de obligada observancia y constitutivo en consecuencia de fraude de ley que se deben depurar.

conecta con lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva, donde se dice que si la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, incluso en perjuicio del trabajador, llegara a pasar y el contrato de trabajo se rescinde como consecuencia de que el traspaso acarrea dicha modificación, se considerara imputable al empleador.⁵⁴³

El que el ET mencione en el artículo 44.9 a los dos empresarios, al cedente o al cesionario podría abarcar otra realidad que es el tiempo entre que el negocio se ha cerrado y hasta que este se materializa, es decir se pueden dar situaciones, donde las empresas que tienen que acudir a juntas generales, a la Comisión Nacional de la Competencia, a la comisión europea o incluso a otros organismos en otros países en caso de empresas multinacionales. Durante este tiempo el cedente podría tomar medidas laborales para con los empleados, no basándose en el traspaso en sí sino en las justificaciones recogidas en el Estatuto siempre que estas se den, pudiendo impactar a la entidad económica y a sus trabajadores.

Como se ha dicho, la Directiva va destinada a todos los Estados miembros, presentes y futuros, y cada Estado tiene sus diferentes legislaciones e idiosincrasias por ejemplo, ante realidades como la de Suecia en la que la notificación por parte del nuevo empleador de no querer que le aplique el convenio que aplicaba al cedente se ha de llevar a cabo en el plazo de 30 días tras la transferencia de la UPA, cabe la posibilidad de llevar a cabo la notificación incluso antes de la transferencia, en este caso la notificación la realizaría el futuro cedente en representación del futuro cesionario. (vid supra cap. IV, apartado 1.1.6).

B) Potenciales consecuencias:

La negociación que establece el artículo 44 ET es vital para la transferencia de la UPA, como se puede apreciar en las siguientes cuatro Sentencias, así como también los son los acuerdos con los representantes de los trabajadores que tengan las compañías, referente al tema:

543.- Recordemos que la Directiva permite que si hay un cambio de sector se aplique desde el primer día de la transmisión el convenio colectivo vigente para el cesionario, aunque esto no es de aplicación actualmente en España. (vid supra cap. III, apartado 1.5)

1) Sentencias del caso Coca-cola, la SAN 108/2014, ratificada por la STS 1717/2015⁵⁴⁴ por la que se desestima el recurso de casación interpuesto ante la primera. Lo relevante de esta SAN en relación con la sucesión empresarial, como así también lo recoge la STS, es que se revisa la obligación de información del artículo 44, como uno de los argumentos para la nulidad del posterior despido colectivo de los trabajadores de Coca-cola. La sentencia de la AN se refiere en los siguientes términos al incumplimiento de las obligaciones de información y consulta a los representantes de los trabajadores en la nueva situación del grupo CCIP:

- En primer lugar, se mantiene que incluso si el grupo de empresas laboral fuese una figura organizativa lícita, el cambio en la titularidad del contrato de una empresa al grupo, como consecuencia de la reestructuración societaria y el proceso de concentración, es un supuesto de sucesión de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 del ET. Para los supuestos de cambio de titularidad de la empresa, el artículo 7 de la Directiva 2001/23/CE
- En segundo lugar, se mantiene que se ha producido un completo y manifiesto incumplimiento de las obligaciones de información, consulta y negociación en el supuesto de cambio de titularidad de la empresa. Y no se trata de un incumplimiento situado en el pasado, cuyo reproche nada tenga que ver con el despido colectivo. Es un incumplimiento que se mantiene en el presente y se proyecta sobre el periodo de consultas del despido colectivo, porque en ese momento la información y documentación sobre la constitución del grupo todavía era incompleta y, además, porque el periodo se inicia sobre la base del incumplimiento de informar y negociar sobre el conjunto de la reestructuración proyectada, lo que implica mucho más que informar sobre una de las consecuencias más importantes de la misma en el aspecto laboral, como son los despidos, dado que no es ésta la única consecuencia laboral de la reestructuración.

544.- SAN 108/2014 de 12 de junio de 2014 y STS 1717/2015 de 20 de abril de 2015

Es decir, el haber incumplido con la información sobre qué se tenía planeado hacer con los trabajadores durante el proceso de sucesión empresarial conlleva la nulidad del posterior despido colectivo. En este caso no conlleva la nulidad de la sucesión en sí porque la parte demandante no lo solicitó, estaban centrados en la vulneración al derecho de huelga y en la nulidad del despido colectivo. Aunque también se dice que la información de la constitución del grupo era incompleta.

2) En la STSJ de Madrid 1098/2012⁵⁴⁵ se revisa una Sentencia en la que en primera instancia se mantiene que la transmisión en su aspecto laboral es nula y matiza lo siguiente:

- En primer lugar, no se ha informado a los representantes legales de los motivos de la transmisión ni de las consecuencias jurídicas, económicas y sociales de la transmisión ni de las medidas previstas respecto de los trabajadores, antes, al contrario, se pactó expresamente que se les ocultara la información relevante
- En segundo lugar, la información no se ha facilitado a la representación legal de los trabajadores con la suficiente antelación antes de realizar la transmisión y si el cedente o el cesionario previeren adoptar con motivo de la transmisión medidas laborales en relación con los trabajadores vienen obligados a iniciar período de consultas con los representantes legales sobre las medidas previstas y negociar de buena fe durante el período de consultas.
- En tercer lugar, el artículo 44.4ET dispone que las relaciones laborales una vez consumada la sucesión se siguen rigiendo por el convenio que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, hasta la fecha de expiración del convenio de origen o la entrada en vigor de otro convenio colectivo aplicable a la unidad económica transmitida, y ello es salvo pacto en contrario, pero no

545.- STSJ de la Comunidad de Madrid 1098/2012, del 21 de diciembre de 2012

desde luego entre empresas entrante y saliente, sino entre la empresa cesionaria y los representantes a través de un acuerdo de empresa, como se cuida de puntualizar el citado precepto

- En cuarto lugar, la omisión de las actuaciones de consulta y negociación preceptivas vician de nulidad la transmisión ya que la transmisión de empresas o de partes de empresas no puede ser utilizada para eludir los procedimientos legales y los condicionantes establecidos legalmente en garantía de la estabilidad en el empleo lo que constituye la razón de ser de las previsiones legales comentadas. De lo contrario cualquier empresa que viera denegadas sus solicitudes de prescindir de sus empleados o revocadas por los tribunales sus resoluciones podría acudir al procedimiento de la supuesta y eufemística "reindustrialización" a la que se ha acogido la empresa, mediante la cual un tercero, a través de adecuada compensación, facilitaría sus servicios para interponerse en los contratos de trabajo y asumir desde cero nuevos procedimientos de destrucción de empleo sin sentirse vinculado por los pronunciamientos anteriores en los que no fue parte o partiendo de una unidad económica.

- En quinto y último lugar, se declara la nulidad de la sucesión empresarial impuesta a los trabajadores demandantes y el derecho de estos a reintegrarse en la plantilla de UPS, secundando en todos los razonamientos jurídicos al Juzgado de primera instancia.

- 3) Sentencia 164/2012⁵⁴⁶ del juzgado de lo social nº 4 de A Coruña en el que se revisa un caso en el que la demanda versaba sobre un conflicto colectivo contra la decisión de la Autoridad portuaria de A Coruña de externalizar la gestión directa de los servicios objeto de la concesión para la explotación de

546.- STSJ de A Coruña de 15 de marzo de 2012. 00164/2012

las instalaciones de la Estación Marítima del Muelle de Transatlánticos, en el puerto de A Coruña, por no haber observado las formalidades exigidas en la disposición adicional segunda del convenio colectivo de aplicación que decía que para analizar la viabilidad y competitividad de los servicios prestados en gestión directa, serán necesarias las oportunas negociaciones entre los organismos públicos y los representantes legales de los trabajadores y para el caso de no llegarse a un acuerdo entre las partes en un plazo de 15 días a partir del comienzo de las negociaciones esta se llevaran su informe a la comisión paritaria, quien deberá pronunciarse en un plazo de 10 días.

El fallo declaró nula la decisión de la autoridad portuaria de externalizar la prestación de los servicios objeto de la concesión para la explotación de las instalaciones de la Estación Marítima del Muelle de Transatlántico por haberlo ejecutado de forma unilateral, a pesar de que la Ley 33/10⁵⁴⁷, establecía que la prestación los servicios portuarios, entre los que se encontraba el servicio al pasaje, se llevaría a cabo por iniciativa privada, servicio que venía siendo prestado en régimen de gestión directa por los servicios portuarios.

- 4) Igualmente, en la STS 6724/2005⁵⁴⁸ se revisaba el XXI Convenio Colectivo de Repsol Butano S.A. y la sucesión empresarial. El convenio vigente en el momento en el que se presentó la demanda, preveía en su artículo 76.3 no solo el mantenimiento de la CCSSL, de composición paritaria, sino que atribuía a la misma, entre otras funciones la "planificación de programas anuales de prevención", lo que integra no solo una función de colaboración sino de decisión corroborada por lo previsto en el Reglamento regulador del funcionamiento de dicha Comisión al establecer en su punto 4.5 la necesidad de que "se tomarán por mayoría absoluta de los miembros de la comisión los

547.- Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general.

548.- STS 6724/2005 de 3 de noviembre de 2005.

acuerdos que, entre otras cosas, consistan en la aprobación del programa anual de prevención".

Se da la circunstancia de que en el seno de la CCSSL se aprobó el Plan de prevención para el año 2003 propuesto por la empresa, con un servicio de prevención propio, pero dicho Plan fue modificado posteriormente por la misma de forma unilateral para encargar la gestión de parte de los servicios de prevención allí establecidos a una empresa distinta, modificando con ello el Plan anterior sin contar con aquella mayoría absoluta de los miembros de la Comisión, con lo cual infringió también las normas internas rectoras de esta materia.

Por lo que el Tribunal declaró nula la decisión empresarial de externalizar los servicios de prevención de Repsol Butano S.A. llevada a cabo por dicha empresa en 2003, condenando a la misma a estar y pasar por tal declaración y a prestar la totalidad de los servicios de prevención por un Servicio de Prevención propio.

Por su parte la doctrina mantiene que es esencial la información proporcionada a la representación legal acerca de las medidas laborales, tales como despidos, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, traslados etc., que se pretendan llevar a cabo con motivo de la transmisión. La mayor parte de los conflictos en los que se alega el incumplimiento de dicho deber, se aduce, efectivamente, la falta de información sobre la adopción de medidas⁵⁴⁹.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones formales en la sucesión empresarial, hay autores que mantienen que, si se lleva a cabo un cambio en la titularidad de la empresa y se omite tanto la información cuanto, en su caso, el período de consultas previo a la adopción de medidas laborales, el incumplimiento

549.- MARTÍN FLÓREZ, L., "La sucesión de empresa. Reflexiones sobre la significativa y esperada reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores", Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, núm. 1, 2002, p. 35.

no afecta a la validez misma del cambio de titularidad, sin perjuicio de que algunos de sus efectos directos o colaterales (despidos, traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo...) puedan quedar viciados si se omiten los trámites legalmente estatuidos.⁵⁵⁰

Los deberes informativos y participativos que ahora incorpora nuestro Derecho vienen a cumplir el deber de trasponer cuanto desde su aprobación ya prescribiera la Directiva y la Directiva no impone la nulidad de la transmisión cuando se incumplen aquéllos. En este sentido es de sumo valor la doctrina de la sentencia del TJUE en el asunto C-382/1992⁵⁵¹, que versa sobre el ajuste del Derecho británico a la misma y trata específicamente sobre las consecuencias que han de anudarse a la omisión de los trámites informativos. En ella se sostiene lo siguiente:

Cuando una Directiva comunitaria no prevé sanciones específicas en caso de infracción de sus disposiciones o se remite, en este punto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 5 del Tratado obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario. Con este fin, los Estados miembros, aunque conservan una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones, deben velar por las infracciones de la normativa comunitaria sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo.

550.- SEMPERE NAVARRO, A.: "Sobre los aspectos colectivos en la transmisión de empresas" Aranzadi Social núm. 7, 2002

551.- STJUE de 8 junio 1994 Asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte C-382/1992.

La condena a Gran Bretaña⁵⁵² por no establecer sanciones eficaces para el caso de que el empresario omita informar y consultar a los representantes de los trabajadores presupone la validez tanto del negocio jurídico transmisivo cuanto de los efectos de la subrogación. Lo que se pide es que haya una reacción jurídica similar a las que surgen en casos similares en cada ordenamiento; en el caso español las cosas están claras: la validez de una decisión sólo queda afectada por el incumplimiento de garantías instrumentales cuando así se establece específicamente, mientras que la consecuencia ordinaria para la vulneración de derechos informativos apunta hacia la imposición de una sanción administrativa y/o, en su caso, una eventual indemnización por violación de derechos fundamentales (libertad sindical, en su caso).⁵⁵³

Como se ha podido observar es esencial la información proporcionada a la representación legal acerca de las medidas laborales, tales como despidos, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, traslados etc., que se pretendan llevar a cabo con motivo de la transmisión.

Otro aspecto es el de la pérdida de representación, se puede dar que la empresa o centro de trabajo transmitido, que contaba con sus propios órganos de representación de los trabajadores, pierde su autonomía con motivo de la

552.- El problema estudiado surge porque en el ordenamiento del RU la sanción por incumplimiento de las obligaciones de consulta e información se descuenta de las indemnizaciones que la empresa haya de abonar por despidos económicos, si es que éstos se producen en tal coyuntura subrogatoria, por lo que en tales casos la sanción no presenta un carácter verdaderamente disuasivo.

553.- SEMPERE NAVARRO, A.: "Sobre los aspectos colectivos..." *Op. ult. Cit.* recalca que en este aspecto hay unanimidad doctrinal: la omisión de esa información o trámites complementarios «no afecta a la validez de la transmisión ni impide que surta sus efectos» (ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE), «no afecta a la validez misma del cambio de titularidad» (SEMPERE y CAVAS), «no obsta a la eficacia de la transmisión efectuada» (MONEREO), «no afecta a la eficacia del cambio de titularidad» (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO Y GARCÍA MURCIA).

transmisión, y no cuente con órganos de representación social, por lo que habrá que estar a lo establecido tanto en la Directiva como en el Estatuto donde se puede que tener que llevar información individualizada en caso de que tampoco haya representación en la cesionaria.⁵⁵⁴

En definitiva, como puede apreciarse a partir de las sentencias comentadas hay que seguir los procesos acordados previos a la decisión de la transmisión, sino la misma puede ser nula. Hay que seguir los procesos de información y negociación sobre la transferencia y sobre las modificaciones laborales que se llevaran a cabo (donde además la doctrina mantiene que el *ius variandi* debe estar más limitado que en otros casos donde no hay transferencia), ya que si no se sigue el proceso para la modificación de condiciones se puede declarar nula, no solo la medida, sino también la transferencia. Por último, aunque se sigan todos los procesos estipulados siempre se puede estar expuesto a interpretaciones como la avalada por el TS que entiende que el artículo 44.9 ET es para todos los empleados de las empresas cedentes y cesionarias que no son parte de la transferencia. Lo que refleja la complejidad del tema, las potenciales interpretaciones, demostrando que además de ser un tema no esclarecido completamente puede conllevar consecuencias, como que se anule el contrato por el que se externaliza una parte de la empresa, se entiende que, en aras de la potencial protección del empleado, cuando una anulación no tiene por qué ser lo mejor para los empleados.

554.- TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los efectos de la transmisión de empresa sobre el mandato de los representantes de los trabajadores: especial referencia la sucesión de contratas y falta de representación social en el nuevo empleador”, *El empresario laboral*, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 260-263

2.4.- Condición más beneficiosa

Un aspecto a tener en cuenta es la condición más beneficiosa para el trabajador, que viene a ser un derecho adquirido, es decir, un derecho que le ha sido reconocido mediante pacto de empresa o mediante concesión voluntaria y unilateral del empresario, de modo que se haya mantenido por este de forma habitual, regular y persistente y que no puede posteriormente eliminarse unilateralmente por el empresario ni tampoco, en general, entenderse suprimido por la aparición de una norma general menos beneficiosa.

En la STS 1639/1998⁵⁵⁵ se recoge que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual “en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho” y se pruebe, en fin, “la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo” por decisión unilateral del empresario; manteniéndose, en definitiva, el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas. La condición más beneficiosa así configurada, tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior, legal o pactada colectivamente, más favorable que modifique el “status” anterior en materia homogénea.

Por su dilatada evolución jurisprudencial y por su utilización dispar, no resulta fácil compendiar las características de este principio.⁵⁵⁶

555.- STS 1639/1998 de 11 de marzo de 1998

556.-LÓPEZ CUMBRE, L.: “Condición más beneficiosa, actos propios e (ir)reversibilidad de condiciones laborales: usos permitidos, posteriormente prohibidos”, *Análisis GA&P*, 2015.

La STS 5745/2013 y la STS 1182/2014⁵⁵⁷ permiten sintetizar sus principales rasgos:

- a) su incorporación al contrato puede venir derivada tanto de un acuerdo expreso como tácito, pero requiere la voluntad de otorgar, mediante acto expreso o consentimiento implícito e individualizado, unos beneficios que superen las condiciones legales o pactadas;
- b) la decisión unilateral no se perfecciona únicamente por el mero transcurso del tiempo, por lo que la tolerancia o la condescendencia no originan una condición más beneficiosa; no es la mera persistencia en el tiempo la que crea la condición, sino que dicha persistencia debe ser indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables;
- c) la conducta del empresario no debe estar viciada por error en su reconocimiento ni forzada a acarrear consecuencias distintas de las realmente queridas en razón de las circunstancias que en el momento se tuvieron en cuenta;
- d) la norma legal o convencional que suceda a la que se mejoró no modificará la condición más beneficiosa porque se trata de un derecho incorporado contractualmente al patrimonio del trabajador que no queda afectado por regulaciones posteriores más restrictivas; y,
- e) ha de tratarse de una condición lícita y no contraria a las normas laborales de derecho necesario absoluto.⁵⁵⁸

557.- STS 5745/2013 de 16 de octubre del 2013, Ar. 7661, y STS 1182/2014 de 5 de febrero del 2014

558.- López Cumbre, L.: "Condición más beneficiosa..." *Op. ult. Cit.*: La condición más beneficiosa constituye un principio aplicativo propio del ordenamiento laboral que, sin un claro referente legal, sí se basa en una reconocida creación jurisprudencial y doctrinal. De forma simplificada, supone que el trabajador pueda exigir al empleador el respeto de las condiciones laborales que, constituyendo derechos adquiridos, resulten más beneficiosas que las mínimas exigibles por aplicación de las dos principales fuentes normativas, esto es, la ley y el convenio colectivo.

2.5.- Derecho condicionado a la vigencia de la relación laboral

Este supuesto de hecho es uno de los que se mencionaban como posible modificación de las condiciones de trabajo, ya que el cesionario no puede hacerse cargo de un beneficio intrínseco al cedente, por ejemplo, por la actividad a la que se dedica el cedente y no así el cesionario.

Un ejemplo podría ser el de unos empleados que pertenecían a la aerolínea Iberia y son transmitidos a una empresa de "handling", asunto que se revisó en la STS 7052/2005⁵⁵⁹. En esta sentencia se recoge que la pretensión del trabajador demandante, consistente en que se le reconozca por Ineuropa el derecho "*a percibir billetes de avión de tarifa gratuita y con descuento*" en la misma medida en que lo tenía reconocido en la empresa anterior, lleva a concluir que este concreto derecho, recogido en el Convenio Colectivo de Iberia, no puede ser calificado como un derecho consolidado en poder de los trabajadores que pasaron de una empresa a otra, por cuanto que estaba establecido en atención a las concretas condiciones y situación de aquella empresa, es decir, en relación con el hecho de que Iberia es una empresa dedicada al transporte de pasajeros con flota propia, y por lo tanto solo es ejercitable por quienes mantengan su relación de trabajo con ella.

En definitiva, estamos en presencia de un derecho condicionado a la vigencia de la relación laboral con Iberia; y, por consiguiente, no puede ser reconocido, aun cuando exista un pacto de subrogación como lo había en el caso revisado por el TS, a quienes han pasado al servicio de otra empresa que, como ocurre con Ineuropa, no reúne las condiciones determinantes del derecho en cuestión, ya que no posee flota propia de aviones como ocurría con Iberia y está dedicada exclusivamente a prestar servicios de "handling", es decir en tierra.

559.- STS 7052/2005 5 de 22 de noviembre de 2005

Como se ha podido analizar en los ejemplos usados en este estudio (Vid supra cap. III, apartado 2.6) a fecha de hoy se recoge en los convenios de los sectores de limpieza⁵⁶⁰ como tratar este aspecto de los billetes aéreos en empresas de handling, no obstante, esta figura de derecho relacionado al tipo de empresario se puede dar en otros sectores como créditos o hipotecas en banca⁵⁶¹, gafas gratuitas⁵⁶² o practicas generalizadas como descuentos en compra de acciones de la empresa empleadora.

2.6.- Sucesión de empresa y el derecho laboral concursal

La Directiva establece en su artículo 5 que salvo que el Estado miembro disponga lo contrario, las garantías establecidas en los artículos 3 y 4 de la misma (referentes al mantenimiento de los derechos de los trabajadores) no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente. (Vid supra cap. V apartado 1.3). La doctrina nacional mantiene que en

560.- Por todas ella, el artículo 24 del Convenio Colectivo de la Comunidad de Madrid del sector de la Limpieza, publicado en el BOCM el 10 de marzo de 2014.

561.- XXIII convenio colectivo de banca 2015/2018, BOE 15 de junio de 2016: Artículo 51º.- Préstamos para adquisición de vivienda: ...El tipo de interés, anual y variable, aplicable a estas operaciones, será el Euribor a un año, o valor de referencia que lo sustituya, más 0,15, sin que en ningún caso pueda resultar un tipo de interés negativo...

Artículo 50º.- Préstamos sin interés: La cuantía de los préstamos que las Empresas concedan a su plantilla no podrá superar el importe de nueve mensualidades y habrán de destinarse a cubrir necesidades perentorias justificadas...

562.- Convenio colectivo Essilor España, S.A. 2013-2016, BOE 21 de marzo de 2014: ANEXO VIII: Facilitación Lentes: Todos los empleados con antigüedad superior a un año tendrán derecho gratuitamente, durante la vigencia del presente convenio colectivo, a una gafa graduada, cada dos años, lentes-montura y montaje, para su exclusivo uso personal...

España se cumple con dicha disposición y con el requisito de control de una autoridad pública.⁵⁶³

De esta forma el artículo 57 bis ET, añadido por la LC⁵⁶⁴, dispone que, en caso de concurso, a los supuestos de (...) sucesión de empresa, se aplicaran las especialidades previstas en la Ley Concursal. Ello significa que no se elimina la aplicación del artículo 44 ET, sino que, presuponiéndose esta, se prevé su ajuste a través de estas especialidades, cuya determinación corresponde a la LC.

Durante los años de la crisis económica (2008-2014) la transmisión de empresas concursadas mediante venta judicial en fase de liquidación aumentó de manera significativa. Según datos del INE, durante el período 2008-2013, el número de empresas concursadas aumentó progresivamente, pasando de 2.894 en 2008 a 5.175 en 2009; tras una ligera bajada en 2010 con 4.990 empresas concursadas, a partir de 2011 continua la tendencia alcista con 5.910, 8.095 en 2012 y un total de 9.143 empresas concursadas en 2013. Cambiando de tendencia en 2014 con 6.564 y 2015 con 4.916. El aumento de empresas concursadas supuso un incremento en la venta judicial de empresas en sede concursal, con la siguiente afección a los trabajadores empleados en dichas empresas.⁵⁶⁵

En cuanto a la sucesión de empresa en sí matiza el STS 1804/2013⁵⁶⁶ que la entidad empresarial ha de estar activa. De esta forma si al final se trata de enajenar no una empresa o una entidad económica, sino que se van a enajenar bienes o derechos aislados, no susceptibles de sustentar por si solos una actividad empresarial, desaparece el supuesto base para la existencia de sucesión de empresa.⁵⁶⁷

563.- MONTTOYA MELGAR, A.: *Derecho Laboral concursal*, Civitas, 2015.

564.-Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

565.- ARETA MARTINEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.: Sucesión de empresa. *Op.. últ. Cit.*

566.-STS 1804/2013 de 5 de marzo de 2013; en caso contrario no cabe hablar de sucesión de empresa [STSJ de Cantabria de 28 de noviembre de 2014]

567.- En este sentido RIOS SALMERON.B. y SEMPERE NAVARRO, A., en MONTTOYA, A y otros: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson/Aranzadi, 8ª ed., 2010, pág 767.

Sobre las especialidades de la LC, se pueden revisar las mismas en base a las tres posibles fases contempladas por la misma LC, de esta forma:

A) Fase común de concurso:

El deudor puede formular al juez del concurso una propuesta anticipada de convenio, que ha presentar a partir de la solicitud de concurso voluntario o de la declaración de concurso necesario, y antes de que expire el plazo de comunicación de los créditos (artículo 104 LC).

Esa propuesta, para que sea admitida a trámite ha de ser acompañada de la adhesión de acreedores de cualquier clase cuyos créditos superen 1/5 del pasivo (artículo 106LC). La propuesta anticipada de convenio, cuya aprobación compete al juez del concurso, tiene la misma finalidad y contenido que la propuesta articulada en la fase de convenio. Quiere decirse que la propuesta anticipada puede incluir la previsión de sucesión de la empresa o parte de ella, con las consecuencias sobre las relaciones laborales que se despliegan en la fase de convenio.⁵⁶⁸

B) Fase convenio:

Esta fase se formula ante el juez del concurso, correspondiendo alternativamente al empresario deudor y a los acreedores cuyos créditos superen 1/5 del pasivo (artículo 113.1LC)

El convenio se celebra entre el deudor y sus acreedores, reunidos en junta (artículos 116 y ss LC), necesitando la posterior aprobación por sentencia judicial (artículos 127 a 132 LC). El convenio constituye un convenio de continuación, no de liquidación, como así lo establece el artículo 100.3 LC, redactado por la Ley 9/2015⁵⁶⁹, cuando prohíbe que la propuesta de convenio consista en la liquidación

568.- CANO MARCO, F.: *Manual práctico de Derecho laboral concursal*. 2ª Edición, La Ley, 2016

569.- Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal («B.O.E.» 26 mayo)

global del patrimonio del deudor. Es decir que el convenio puede contemplar la continuidad total o parcial de la actividad empresarial, pudiendo prever que dicha continuación corra a cargo del propio deudor o de terceros, o de modo mixto, de uno y otros.⁵⁷⁰

Una vez aprobado el convenio, cesan todos los efectos de declaración de concurso, que quedan sustituidos por los que se puedan establecer en el propio convenio (artículo 133.2 LC, redactado por la Ley 9/2015). Dichos efectos vinculan al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque por cualquier causa no hubiesen sido recogidos (artículo 134.1 LC).

El contenido de la propuesta de convenio debe recoger una parte de contenido necesario, según lo establecido en el artículo 100.1 LC⁵⁷¹. Así como un contenido facultativo de carácter diverso, de esta forma se puede incluir propuestas de enajenación ya sea total o parcial de la empresa, pretendiendo la transmisión a un tercero, de la empresa en su integridad, o de un centro de trabajo o de cualquier otra unidad productiva capaz de subsistir autónomamente. El régimen jurídico de estas propuestas se centra en cuatro cuestiones básicas: la subrogación del adquirente en la posición del concursado, la responsabilidad solidaria del concursado y el adquirente, el convenio colectivo aplicable tras el traspaso de la empresa y las propuestas de enajenación de bienes y derechos aislados.

Las enajenaciones deben ser acompañadas de un plan de pagos de los créditos en el que ha de hacerse constar los recursos existentes para ello (artículo 100.4 LC) y de un plan de viabilidad de la empresa en caso de la continuidad de esta y los recursos de ella derivados sean presupuestos del cumplimiento del convenio (artículo 100.5LC).

570.- ROJO, A.: “Contenido de la propuesta de convenio (artículo 100)” en BELTRAN SANCHEZ, M y ROJO FERNANDEZ RIO, A.: *Comentario de la Ley concursal*, Civitas 2006.

571.- ALEJOS GARMENDIA, B.: Una propuesta para la continuidad de las empresas viables en el concurso de acreedores, Tirant lo Blanch, 2016

La subrogación asumida ex artículo 100.2. párrafo cuarto LC podría ir o no acompañada de la exigencia de la responsabilidad solidaria del artículo 44.3 ET, según sean los términos expresados en la propuesta de convenio, como decía el precepto antes de su modificación por RDL 11/2014 y Ley 9/2015, si el convenio guarda silencio al respecto habría que entender de aplicación supletoria el régimen del ET.⁵⁷²

En nuestro ordenamiento jurídico habría que acudir al artículo 57 bis ET, llegando a la conclusión de que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 44.4 ET, salvo que el convenio concursal decida excluir la aplicación de la regla de mantenimiento de la aplicación del convenio colectivo.⁵⁷³

C) Fase de liquidación

La apertura la lleva a cabo al juez del concurso mediante auto, a instancia del deudor, de cualquier acreedor o de oficio, procediendo a la liquidación de los bienes y derechos que componen la masa activa, esto es, al pago a los acreedores previa transformación de aquellos bienes y derechos en dinero. Habría que estar a analizar si la liquidación desemboca en la adquisición de la empresa o la entidad económica por un tercero, y como quedarían las relaciones laborales de la empresa o parte de ella.

El artículo 146 bis LC, introducido por la Ley 9/2015, regula las especialidades de la transmisión de unidades productivas en la fase de liquidación, dos supuestos⁵⁷⁴:

572.- VIQUEIRA PEREZ.C.: “Aspectos laborales del a Ley Concursal. Algunos puntos críticos tras un lustro de aplicación” *AL*, 2010, nº 18, pág 2133.

573.- MONTOYA MELGAR, A.: Derecho Laboral concursal...” *Op.. últ. Cit.*

574.- LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: La transmisión de la empresa en la fase de liquidación del concurso de acreedores, en AA.VV. Estudios jurídicos. En memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum, (Coordinadores: Ana Belén Campuzano, Ángel Rojo), Tirant lo Blanch, 2015; MONTOYA MELGAR, A.: “Derecho Laboral concursal...” *Op.. últ. Cit.*

- 1) El general, por el cual “se cederán al adquiriente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectados a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada”, subrogándose el adquiriente en la posición contractual del concursado sin necesidad de consentimiento de la otra parte. El apartado 4 de dicho artículo añade que las referidas transmisiones no llevan aparejada “obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquiriente hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario”.
- 2) El específico, referido a la posición jurídico laboral del concursado, respecto del cual se aplica lo dispuesto en el artículo 44 ET en materia de sucesión de empresa, al que reenvía expresamente el artículo 146 bis.3 LC, como excepción a la regla que permite al adquiriente su “intención de no subrogarse”. Insistiendo en esta concepción el artículo 146 bis.4 opone otra excepción a la regla que de que la transmisión no implica la asunción por el adquiriente de créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión: la excepción de que tal norma rige “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4” Este precepto redactado por la Ley 9/2015, dispone que “se considerara, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa” aunque modera la norma laboral permitiendo que el juez disponga la no subrogación del adquiriente en la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación asumida por el FOGASA de acuerdo con el artículo 33 ET. Ello supone adoptar una posición intermedia entre la del ET, cuyo artículo 44.3 ET impone la sucesión, así como la responsabilidad solidaria entre el cedente y cesionario por las obligaciones contraídas antes de la transmisión, y la del artículo 146 LC que parte de la regla general de la no existencia de tal sucesión y responsabilidad.

El régimen establecido en la LC se basa en una posibilidad alternativa, que exista plan de liquidación o que no exista, en este último caso serán de aplicación unas “reglas legales supletorias”:

A) Si hay plan de liquidación:

El artículo 148.4LC mantiene que el plan de liquidación incluya medidas extintivas, suspensivas, incluidas las reducciones de jornada, o modificativas, incluidos los traslados, que sean colectivas. La norma establece que previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 de esta Ley, disposición esta última dedicada a regular los procedimientos colectivos incidentales que cabe promover dentro del procedimiento concursal principal para solicitar la adopción de las referidas medidas de ajuste laboral. A falta de regulación en la LC que no ha hecho uso de la autorización conferida a los Estados miembros por el artículo 5.1 de la Directiva, el propio plan de liquidación podrá decidir sobre dichos extremos y en ausencia de tal decisión, se aplicará las reglas del artículo 44 ET.⁵⁷⁵

B) Si no hay plan

Si no hay plan o si existiendo no se cubre en el mismo algún extremo relevante para la liquidación. El juez decidirá si se procede a la enajenación unitaria, de un todo, si fuese posible, o, previo informe de la administración concursal de bienes aislados cuando lo estime más conveniente para los intereses del concurso. Los representantes de los trabajadores podrán formular observaciones o propuestas de modificación al plan proyectado y el juez resolverá el procedimiento mediante auto irrecurrible.⁵⁷⁶

575.- DESDENTADO, A. y ORELLANA N.: *Los trabajadores ante el concurso*, Bomarzo, 2007 Pág 187, entienden que la diferencia de trato es absurda ya que paralizaría la transmisión con plan, por lo que lo lógico será superar la laguna, aplicando también la moderación a la transmisión con plan.

576.- De la misma forma el artículo 149.1.2 LC, remitiéndose al artículo 64 LC, prevé la posibilidad de que el adquirente y la representación de los trabajadores acuerden en el contexto del proceso liquidatorio la modificación de las condiciones colectivas de trabajo, lo que obliga a la remisión del artículo 41 ET, y respecto de la específica codificación que son los traslados al 40 ET.

El artículo 149.1.4^a LC reformado por la Ley 9/2015 reduce su atención hacia las consecuencias laborales de la liquidación y se limita a decir que las ofertas de compra de la empresa o de las unidades de ella deben incluir una partida de gastos realizados por la empresa declarada en concurso para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva, informando además sobre una serie de extremos incluida la incidencia de la oferta sobre los trabajadores. En el referido supuesto de enajenación unitaria o global, tanto si alcanza a la entera empresa o a una unidad productiva autónoma que mantenga su identidad, se derivara además una consecuencia laboral, la sucesión de empresa. Así la llama el mismo artículo 149.4 LC adoptando la terminología del artículo 44 ET que además precisa el concepto de entidad económica.

A diferencia de lo que ocurre en la fase de convenio, en la que para que opere la sucesión de empresa es necesario el acto de asunción voluntaria del adquirente (artículo 100.2 LV), la regla legal supletoria en la fase de liquidación configura una sucesión de empresa automática u ope legis, a imagen de la prevista en el artículo 44 ET. Ahora bien, el artículo 149.4 LC introduce, frente a la regulación del artículo 44.3 ET una novedad destinada a facilitar la enajenación y con ella la viabilidad de la actividad empresarial y mantenimiento del empleo, consistente en que el juez del concurso puede acordar la no subrogación del adquirente en las dudas contraídas por el cedente con anterioridad a la enajenación en razón al pago de salarios e indemnizaciones.

El mecanismo jurídico previsto en el artículo 149.4 LC es congruente con lo dispuesto en la Directiva, ésta establece como consecuencia necesaria del traspaso de empresa al margen de situaciones concursales la subrogación del cesionario en el lugar del cedente, sin embargo también dispone que en el caso de apertura de un procedimiento de insolvencia empresarial controlado por una autoridad pública, la anterior regla es inaplicable, salvo que la legislación del Estado miembro la incorpore expresamente. En este último supuesto la legislación nacional puede disponer que no se transfieran al cesionario las obligaciones del cedente, derivadas de los contratos o de la apertura del procedimiento de insolvencia, siempre que esté garantizada a los trabajadores afectados una protección no inferior a la prevista en la Directiva. Existiendo tal protección en nuestro país a cargo del FOGASA, la regla

del artículo 149.4 LC se adecua fielmente a la previsión comunitaria. Ello no obstante, no deja de extrañar que este beneficio flexibilizador de la posición jurídica del cesionario solo se prevea por la LC en el caso de que no exista plan de liquidación.⁵⁷⁷

3.- DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL. VALORACION

Como se ha revisado, el literal de ambos marcos legislativos, tanto la Directiva como el Estatuto de los Trabajadores no definen en detalle que condiciones de trabajo se pueden modificar, cuales necesitan justificación o cuales no la requerirían. No obstante, ambas normativas parecen coincidir en el espíritu de salvaguardar los derechos de los trabajadores en los supuestos de transmisión de empresas y que no se produzca una modificación en sus condiciones laborales, por el mero hecho de la sucesión empresarial.

Por todo esto, a falta de una regulación, o revisión judicial detallada se debe entender que las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo son las que recoge el artículo 41 del ET mencionado por el Art44.9 ET y que son “entre otras”:

- a) Jornada de trabajo; b) Horario y distribución del tiempo de trabajo; c) Régimen de trabajo a turnos; d) Sistema de remuneración y cuantía salarial; e) Sistema de trabajo y rendimiento; f) Funciones, si exceden de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET.

Entendiendo que “entre otras” son aquellas que sean de relevancia para la relación laboral y de cara al contrato de trabajo.

577.- MONTOYA MELGAR, A.: Derecho Laboral concursal...” *Op. últ. Cit.* y VIQUEIRA PEREZ, C.: “Aspectos laborales de la Ley Concursal. Algunos puntos críticos tras un lustro de aplicación”. *AL*, Nº 18, 2010, pág. 1

Conviene de esta manera revisar: condiciones de trabajo y las potenciales modificaciones (apartado 3.1); la información y la modificación (apartado 3.2); ius vairandi (apartado 3.3)

3.1.- Condiciones de trabajo y las potenciales modificaciones

Un principio básico emanado de la Directiva es que las condiciones de trabajo no se pueden modificar por el mero hecho de la transmisión. Esto es un principio aceptado, respaldado y defendido por la jurisprudencia tanto comunitaria como española. Es decir, el punto más relevante es la no modificación basada únicamente en la sucesión como principio, tanto la regulación comunitaria, como la española. Esto es, no se puede aplicar una modificación sustancial alegando únicamente que ha habido un traspaso de una Unidad Productiva Autónoma, al igual que también anularían los despidos que se fundamentasen en esta causa. Este principio común de la no modificación basada en la sucesión ha conllevado a posicionarse de forma disonante al ordenamiento jurídico comunitario y el nacional. Ello se debe a que el ordenamiento jurídico comunitario entiende que, en paralelo a la sucesión, puede haber una serie de supuestos de hecho que conlleven una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, como pueden ser el cambio de convenio colectivo automático, distintas realidades de las empresas, etc.⁵⁷⁸

578.- La Directiva recoge en su Art 4.2 que “Si el contrato de trabajo o la relación laboral se rescinde como consecuencia de que el traspaso ocasiona una modificación substancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, la rescisión del contrato de trabajo o de la relación laboral se considerará imputable al empresario” y el Estatuto establece en su Art 44.9 que “el cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas (...) Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley.”

Mientras que el ordenamiento jurídico nacional se aferra a una postura más extremista del principio, parte de que la modificación junto con la transferencia es simplemente no viable, no permitiendo la modificación sustancial, a pesar de que se den otros condicionantes, llegando la jurisprudencia a adulterar el concepto de información a los trabajadores del artículo 44.9 ET (ya que si no se permite la modificación por la sucesión, la referencia a informar sobre las modificaciones no recae sobre los empleados transferidos, sino sobre los trabajadores del cedente y cesionario que no se han visto envueltos en la transmisión, pero sí que pueden quedar afectados por la misma...) y llegando la doctrina a establecer que se debe limitar el derecho del empresario en cuanto al *ius variandi*, colisionando de esta forma con otros principios establecidos igualmente por el TJUE como son el de libertad de empresa y que los nuevos empresarios están cualificados a hacer lo mismo que podía hacer el cedente.

De esta forma, y entrando algo más en detalle, se pueden observar las siguientes discrepancias:

A) Modificaciones cuando la sucesión empresarial va acompañada otras variantes

En el ordenamiento jurídico comunitario se reconoce que pueda haber modificaciones sustanciales cuando hay una sucesión junto con alguno de los supuestos de hecho reconocidos por la misma Directiva y recogidos en el presente estudio (Vid supra cap. III, apartado 1). Esto es cuando hay un cambio de convenio colectivo automático, cuando hay una extinción, expiración o entrada en aplicación de otro convenio colectivo a la vez que se da la transmisión.

Esta posibilidad está muy limitada en el ordenamiento jurídico español, o incluso se podría decir que es inexistente ya que como se ha revisado, no cabe el cambio de convenio colectivo automático, aunque se cambie de sector, ni se permite que se coincida en las fechas el nuevo convenio colectivo y la sucesión empresarial.

B) Modificación sustancial por no poder reproducir la condición:

Otra posible modificación sustancial sería cuando no se puede reproducir alguna de las condiciones con las que contaban los empleados mientras que estaban trabajando para el cedente y que el cesionario no tiene posibilidad de reproducir, si es que dicha condición se puede entender como sustancial para la relación laboral.⁵⁷⁹

C) Modificaciones sustanciales cuando hay causa justa

Esta posibilidad existe al margen de la sucesión empresarial y ambos ordenamientos jurídicos lo permiten: se puede llevar a cabo una modificación de las condiciones de trabajo, incluso sustancial, entendiendo por justa causa aquella que se pueda llevar a cabo si no hubiese habido sucesión. Es decir que si de acuerdo a la legislación del Estado miembro se puede llevar una modificación incluso sustancial de las condiciones de trabajo esta tiene que seguir siendo aplicable y se podrá y deberá ejercitar con las mismas garantías y procedimiento a seguir que si no hubiese habido sucesión empresarial.⁵⁸⁰

579.- En este sentido, Del REY GUANTER: "El régimen jurídico..." *Op. ult. Cit.*: la jurisprudencia ha matizado la continuidad automática e in integrum del convenio colectivo de la empresa cedente, introduciendo un criterio de excepción: la inaplicación de las condiciones específicas del convenio colectivo de la empresa cedente y que deriven de la relación particular o especial de ésta con sus trabajadores. Jurídicamente el argumento se traslada al terreno de las expectativas de derecho o derechos consolidados: en la medida en que obedecen a situaciones específicas de la empresa cedente, no puede afirmarse según la jurisprudencia que constituyan derechos consolidados «por estar condicionados a un determinado régimen laboral con la empresa, en situaciones específicas que en la nueva empresa no se dan»⁵⁴ La doctrina jurisprudencial ha venido aplicando dicha jurisprudencia a las más distintas condiciones de trabajo que se consideran reguladas en función de la especificidad concreta de la empresa y que no pueden imponerse al empresario cesionario a través del art. 44.4 TRET. En este sentido, STSJ Andalucía/Granada 11 marzo 2003 (AS 2143) ha considerado que son condiciones específicas de la empresa cedente que no son susceptibles de subrogación en el marco de la empresa cesionaria, el crédito horario que responde a situaciones específicas de la empresa o Ente en que se aplica y no puede ser extrapolable a los miembros del Comité de Empresa de la Empresa cesionaria, y, por tanto, no se puede afirmar que constituyan derechos consolidados por éstos.

3.2.- Ius variandi

En la Directiva se establece que las medidas que se prevean adoptar por parte del cedente o cesionario se han de consultar con los representantes de los trabajadores en aras de llegar a un acuerdo. No obstante, el mismo artículo 7 igualmente recoge una posibilidad que se le da a los Estados miembros; en su punto tercero da la posibilidad de limitar esta obligación de consultar a los representantes de los trabajadores e incluso la obligación de informar a los mismos sobre el traspaso siempre que exista la posibilidad de que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a un arbitraje para obtener una decisión sobre las medidas que deban adoptarse, la opción sería limitarlo a los casos en que la modificación pueda provocar perjuicios sustanciales y que afecten a una parte importante de los trabajadores. Es decir que la Directiva permite que en los casos que, aun siendo sustanciales, si no afectan a una parte importante de los trabajadores, no haya información a los representantes de los trabajadores ni haya consulta sobre las medidas, siempre que estos puedan acudir a un arbitraje.

En España las modificaciones sustanciales han de ser sometidas a un periodo de consultas y negociación con los representantes de los trabajadores cuando sean colectivas (Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores, el 10% de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores o 30 trabajadores, en las empresas que ocupen más

580.- Del REY GUANTER, S.: Estatuto de los Trabajadores, comentado y con jurisprudencia, 3ª edi. La Ley 2013, pág 909: La negociación del artículo 44.9 ET puede llegar a admitir, en cierto modo, algún tipo de renuncia a garantías legales, a las ofrecidas por el propio artículo 44 Et. PO ejemplo si pudiera plantear reducción de determinadas compensaciones económicas o empeoramiento de algunas condiciones de trabajo. Es difícil conceder una respuesta genérica a esta cuestión, no existiendo en el conjunto de doctrina laboral ni jurisprudencia suficiente para presentar una clara respuesta a este asunto, Sin embargo, lo cierto es que no sería fácil entender que un acuerdo libremente adoptado por el empresario y por los representantes de los trabajadores en estas circunstancias pudiera ser contrario al artículo 44 ET en sí, incluso si se orienta a la reestructuración o salvamento de una empresa en crisis.

de trescientos trabajadores). La consulta se puede sustituir por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa siempre que haya acuerdo entre las partes y por último también se puede llevar ante los tribunales. Por su lado las condiciones laborales establecidas en convenio colectivo sólo pueden ser modificadas vía descuelgue, artículo 82.3 ET. Si no hay acuerdo cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio. Si ninguna de las partes solicita la intervención de la comisión o si la hay, pero ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET. Por lo que en principio una vez agotada la vía del arbitraje o negociación no se puede acudir a los tribunales a que conozcan del fondo.

Por todo lo anterior España tal vez se podría haber acogido a la limitación establecida en el artículo 7.3 de la Directiva, no obstante, no lo hizo, y parece la vía correcta ya que como decíamos si hay que seguir un procedimiento según el Estatuto de los Trabajadores no cabría reducirlo en caso de una sucesión empresarial cuando precisamente el espíritu de la Directiva es cuanto menos es que se trate a los empleados de la misma forma que si no hubiese habido una transferencia.

No obstante, el mantener que el proceso de consulta y negociación también es para el “ius variandi”, cuando además en sentencias de algunos asuntos, como el Asunto Hans Werhof ha reflejado que no se puede mermar el derecho del empleador, y en otras como en Anne Watson Rask que el cesionario está capacitado a llevar acabo las mismas acciones que podría haber llevado el cedente, es decir, como si no hubiese existido transferencia, no parece lo correcto.

Si esto es así, la pregunta que se puede suscitar es que, si las medidas a las que se refiere el artículo 44.9 ET no son las que pueden recaer en el “ius variandi”, tampoco son los cambios de centro de trabajo ni las modificaciones sustanciales ya que están

recogidos aparte en el mismo punto 9 del artículo, entonces, qué medidas pueden ser. La verdad es que el legislador ha limitado bastante las opciones, pero podrían ser las modificaciones funcionales del art 39 ET o los despidos colectivos, esto siguiendo el literal del artículo.

Otra interpretación que cabría es que a la hora de materializar la transposición se ha hecho una copia del artículo de la Directiva la cual, como sabemos es la guía general para todos los Estados miembros y posteriormente se ha añadido la referencia a los artículos 40 y 41 ET, posiblemente para esclarecer que ante tales situaciones hay que seguir lo establecido en el ET, pero al añadirlo prácticamente vacía de contenido lo anterior.

La disyuntiva ante la que se llega es si hay que seguir el literal del artículo 44.9 ET o los objetivos de la Directiva, de esta forma la discrepancia radica en el punto de partida: la doctrina se centra únicamente en el artículo 44.9 ET en sí. Es cierto, que en dicho artículo se recoge que si se previere adoptar medidas con motivo de la transmisión hay que iniciar un periodo de consultas, que si las medidas son modificaciones sustanciales hay que estar a lo que establece el artículo 41.4 ET y si se trata de un traslado colectivo a lo regulado en el artículo 40.2 ET. La doctrina mantiene que si se matiza el traslado y la modificación sustancial quiere decir que en la regulación general queda básicamente el “ius variandi” ya que no se matizan el tipo de medidas y, por otro lado, se dota a los trabajadores de una garantía especial al haber estado implicado en una sucesión empresarial.

La propuesta es centrarse como punto de partida en los datos que llegan desde la Directiva y las resoluciones del TJUE, de esta forma:

A) En cuanto los pronunciamientos del TJUE:

- En la medida en que, al margen del supuesto de una transmisión de empresa, el Derecho nacional permite modificar la relación de trabajo en un sentido desfavorable para los trabajadores, especialmente por lo que respecta a su protección contra el despido, una modificación de este tipo no puede excluirse sólo por el hecho de que, entre tanto, la empresa haya sido objeto de una transmisión y, por consiguiente, se haya celebrado un nuevo acuerdo con el empresario. El cesionario, en efecto, se encontraría en la

misma situación que hubiera sido la del cedente en semejante caso. (Asunto Daddy's Dance Hall).

- La Directiva no se opone a una modificación de la relación laboral con el nuevo empresario, en la medida en que el Derecho nacional aplicable admita dicha modificación en supuestos distintos al de transmisión de empresa. Igualmente, en este asunto se fija que, si el Derecho nacional permite modificar la relación laboral en un sentido desfavorable para los trabajadores, especialmente por lo que respecta a las condiciones retributivas, una modificación de este tipo no queda excluida sólo por el hecho de que, entre tanto, la empresa haya sido objeto de una transmisión y, por consiguiente, el contrato haya sido celebrado con el nuevo empresario. (Asunto Anne Watson Rask).

- Conforme al objetivo de la Directiva, deben protegerse los intereses de los trabajadores afectados por la transmisión, no puede hacerse abstracción de los derechos del cesionario, que debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad. (Asunto Werhof).

- Estado miembro podrá legislar y acordar aspectos que no supongan modificaciones de las condiciones; que vayan más allá de las garantías que la Directiva establece para los trabajadores y que no atenten contra la libertad de empresa del cesionario, (Asunto Hans Werhof y Mark Aleo-Herron).

- Lo que se pretende es salvaguardar los derechos en vez del literal del convenio o los derechos que emanan de la antigüedad en vez de la antigüedad en si como en el asunto Ivana Scattolon, por lo que se podría extrapolar por ejemplo a que lo importante es que el administrativo tenga los medios para seguir llevando su cometido, no el software concreto en sí.

- La Directiva no dice qué es una medida, ni se establece cuál de ellas es sustancial y cual no. No obstante, en estudios de la Comisión en los que se habla de reducir la plantilla junto con la sucesión empresarial, es decir, una medida de las más relevantes que se pueden dar, se dice que el cedente y el cesionario están obligados a proporcionar ciertos elementos de información

a los representantes de sus respectivos empleados. Mientras que la obligación de informar es general, la obligación de consulta es limitada. Esta última obligación existe cuando el cedente o el cesionario prevé medidas en relación con los trabajadores (por ejemplo, una reducción de la mano de obra). La consulta ha de tener lugar intentando llegar a un acuerdo.⁵⁸¹

581.- COMMISSION REPORT on Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses", Bruselas 2007 en el punto quinto titulado "INFORMATION AND CONSULTATION (ARTICLE 7)" se recoge que *"the transferor and the transferee are required to provide certain items of information to the representatives of their respective employees. Whereas the obligation to report is general, the obligation concerning consultation is limited. The latter obligation exists where the transferor or the transferee envisages any measures in relation to the employees (for example, a reduction in the workforce). The consultation takes place "with a view to reaching an agreement"*. Que se podría traducir de la siguiente forma "El cedente y el cesionario están obligados a proporcionar determinados elementos de información a los representantes de sus respectivos empleados. Mientras que la obligación de informar es general, la obligación de consulta es limitada. Esta última obligación existe cuando el cedente o el cesionario prevé medidas en relación con los trabajadores (por ejemplo, una reducción de la mano de obra). La consulta tiene lugar "con vistas a llegar a un acuerdo".

Igualmente en el "COMMISSION SERVICES' WORKING DOCUMENT - Memorandum on rights of workers in cases of transfers of undertakings", 2004 en el punto cuarto titulado "INFORMATION AND CONSULTATION" se recoge *"Whereas the obligation to provide information is general, the consultation obligation is limited. This obligation exists when the transferor or transferee envisages measures in relation to his employees (Article 7(2)), e.g. a reduction in the size of the workforce. Consultation takes place "with a view to seeking agreement"*. Que se podría traducir de la siguiente forma: Mientras que la obligación de información es general, la obligación de consulta es limitada. Esta obligación existe cuando el cedente o el cesionario prevé medidas en relación con sus empleados (artículo 7, apartado 2), p. Una reducción en el tamaño de la mano de obra. La consulta tiene lugar "con vistas a alcanzar un acuerdo".

B) Visión nacional:

- No hay listado de medidas laborales, ni en la Directiva ni en el Estatuto, lo que dificulta la definición del artículo 44.9 ET. No obstante, como hemos revisado, cuando la Comisión habla de medidas el ejemplo que usa es el del despido, igualmente en sentencias aquí revisadas del TS también se trata al despido como medida laboral (Sentencia coca-cola 1717/2015) lo que nos viene a decir dos cosas: 1) que se pueden amparar medidas muy relevantes bajo dichos preceptos; y 2) que el artículo 44.9 ET no quedaría vacío al matizar las modificaciones sustanciales y el traslado, ya que podría quedar el despido, o la movilidad funcional del artículo 39 ET, en las que habría que seguir los procesos que establece el ET para que se puedan llevar a cabo.
- Conviene también tener en cuenta las posibles consecuencias que puede acarrear, como hemos visto en la sentencia de Coca-cola 1717/2015 uno de los motivos de nulidad del despido colectivo fue el no haber incluido esta medida en la información a los comités, cuando ocurrió la transferencia de empleados. Otra potencial consecuencia es que al no haber incluido la información sobre las medidas es que se declare la transferencia como irregular pudiendo llegar a anular la transferencia STJSS de la Comunidad de Madrid 1098/2012.
- Existen voces que mantienen que con el artículo 44.9 ET se pretende reforzar la protección de los empleados en el *ius variandi*⁵⁸². En paralelo se ha mantenido que la Directiva no está en contra de estipulaciones nacionales más beneficiosas para los trabajadores y que el incluir el “*ius variandi*” podría estar dentro de esta potestad, de hecho en el estudio se ha revisado que el artículo 8 de la Directiva dice que no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores. Pero como se ha podido observar, este artículo, además de ser un artículo recurrente en otras Directivas o una disposición general, no se puede interpretar en esta

dirección ya que no puede menoscabar el Derecho del nuevo empleador, así en el asunto Mark Alemo-Herron, se dice que el artículo 8 de la Directiva, no puede interpretarse en el sentido de que autoriza a los Estados miembros a adoptar medidas que, a pesar de que son más favorables para los trabajadores, pueden lesionar la propia esencia del derecho del cesionario a la libertad de empresa.

582.- Voces, entre otras, que mantienen que el *ius variandi* debe quedar limitado con el artículo 44.9:

- SEMPERE NAVARRO, A.: Aspectos laborales de la Reestructuración Empresarial, Thomson Reuters, editorial Aranzadi, España 2011, págs 219 y siguientes Sempere, A.³⁵⁰ si ¿A caso se está introduciendo un procedimiento de información y consulta en el que haya que “negociar de buena fe”? y se responde que la respuesta ha de ser afirmativa: “precisamente, lo que la norma quiere es aumentar las garantías comunes, reforzar la protección de los trabajadores afectados por la novación subjetiva de la empresa. Al final, por decirlo abiertamente, los poderes directivos del empleador se están restringiendo o condicionando para este supuesto, de manera que decisiones susceptibles de adoptarse con discrecionalidad en condiciones normales, aquí han de sujetarse al trámite participativo descrito”.

- DEL REY GUANTER.: “El régimen jurídico”. *op. ult. cit.*: “El artículo 44.9 ET constituye una restricción de los poderes directivos empresariales en los procesos de transmisión empresarial a favor de la participación de los trabajadores como clave del éxito de dicho proceso”.

CONCLUSIONES

1.- DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL NACIONAL

1.1.- Concepto de entidad económica

1.2.- Subrogación por obligación del convenio colectivo

1.3.- Sucesión de activos o bienes

1.4.- El convenio colectivo aplicable si hay cambio de sector debe ser el del cesionario

1.5.- Ius variandi

2.- EFECTO DE LAS DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL DERECHO NACIONAL

2.1.- Contratos de servicios

2.2.- Externalizaciones y adquisiciones en distintos sectores

3.3.- POTENCIALES SOLUCIONES

CONCLUSIONES

Se presentan las siguientes valoraciones sobre la interacción entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional en la configuración jurídica y en los efectos laborales de la sucesión empresarial. En las que se aportan las divergencias encontradas entre ambos ordenamientos jurídicos (apartado 1); en segundo lugar, cuáles son los efectos de las divergencias entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional (apartado 2); y en tercer y último lugar se analizarán las potenciales soluciones (apartado 3).

1.- DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL NACIONAL

Ya sea por una incompleta transposición o por una incorrecta interpretación de algunos de los aspectos de la Directiva, lo que se ha podido constatar es que los trabajadores afectados y el nuevo empleador pueden estar en desventaja frente a los mismos actores en otros Estados miembros, además de estar sufriendo de menor margen de adaptación y de garantías de las que prevé la Directiva.

De esta forma se pueden presentar las siguientes divergencias entre nuestro ordenamiento jurídico y el Derecho de la Unión Europea:

1.1.- Concepto de entidad económica

La entidad económica se recoge en el artículo 3.3 de la Directiva y en el 44.2 ET, utilizando el mismo texto literal: Entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

No obstante, existe una gran diferencia a la hora de cómo interpretar dicho concepto. Para el ordenamiento jurídico nacional, el cual se basa en que tiene que haber una sucesión en el título junto a la sucesión empresarial, la entidad económica es un aspecto o cualidad necesaria en la empresa, centro de trabajo o UPA para que la transmisión de la misma sea susceptible del artículo 44 ET. Mientras que para el ordenamiento jurídico comunitario la entidad económica es la esencia de la

actividad empresarial, por lo que si el cesionario se hace cargo de la misma habrá una sucesión empresarial, para el Derecho de la Unión no es crítico que haya una transmisión del título, el hecho de que haya una transmisión de título o no, puede ayudar a limitar la entidad económica, pero puede haber sucesión de entidad económica sin traspaso de título, este aspecto significa que pueden quedar bajo el amparo de la Directiva los casos de sucesión de contratas y de externalización sin traspaso título, siempre que el cesionario se haga cargo de dicha entidad económica. Por todo ello se puede mantener que para el Derecho de la Unión la entidad económica es un supuesto de hecho además de la empresa, del centro de trabajo y de la UPA, por lo menos, tal y como se están interpretando en el ordenamiento jurídico nacional actualmente. Es decir, tal vez se podría equipar la UPA a la entidad económica, no obstante, como en España actualmente se requiere que para que haya UPA haya un título que se transfiere (el TS mantiene que nada transfiere el que nada tiene) entendemos por tanto que hay que hablar de la entidad económica como un supuesto de hecho distinto, si se quiere de una UPA sin título.

La inclusión de la sucesión de contratas como situación de hecho bajo el amparo de la Directiva se discutió durante años en el ámbito comunitario, terminando por modificar el texto de la misma Directiva para esta fuese aplicable a los casos de sucesión de contratas en las que el cesionario sucede en la entidad económica. Igualmente cabe recordar que Italia tuvo que enfrentarse a un procedimiento Pilot por este aspecto, y finalmente, en 2016, tuvo que modificar su legislación al respecto para dar la protección a la sucesión de entidad económica, sin traspaso de título, ya que no recogían la sucesión de la entidad económica en contratas. Evitando de esta forma un procedimiento de infracción de conformidad con el artículo 258 del TFUE.

1.2.- Subrogación por obligación del convenio colectivo

En esta práctica que se está llevando a cabo en nuestro país se pueden apreciar divergencias con el Derecho de la Unión en dos aspectos distintos:

A) En cuanto a la cuantificación de los trabajadores

La jurisprudencia nacional mantiene que el cesionario se ve obligado a subrogarse en los contratos de trabajo que cumplan con los requisitos que establezca el convenio colectivo de aplicación, como se mantenía en uno de los ejemplos del presente trabajo, si en la entidad económica hay 10 trabajadores de los cuales 8 cumplen con los requisitos, la subrogación tiene lugar para estos 8 trabajadores, no pudiendo ser de aplicación para los otros 2. Mientras que para el TJUE le es indiferente el motivo por los que el cesionario se hace cargo de los empleados (Temco), por lo que, si estamos en un sector inmaterial, donde la entidad económica la constituyen los trabajadores y el cesionario se hace cargo de un número relevante, o necesario, debería haber sucesión de entidad económica, debiendo subrogarse el cesionario no solo en el contrato de trabajo de los 8 trabajadores, sino en el de los 10.

B) En cuanto a las garantías en la sucesión

En nuestro ordenamiento jurídico actual se mantiene que, en los casos de subrogación por obligación del convenio colectivo, la subrogación tiene los efectos que establezca el convenio colectivo en cuestión, esto quiere decir que a los 8 trabajadores del ejemplo anterior no les es de aplicación el artículo 44 ET a pesar de ser ope legis, basándose igualmente en que el motivo de la subrogación no es voluntario para el cesionario, sino obligado por dicho convenio. Mientras que la Directiva aplica el concepto de ope legis cuando se transmite un número relevante, o necesario. Cabe señalar que el Derecho de la Unión no permite acuerdos en contra de este concepto, ni siquiera por parte de la representación de los trabajadores. En esta práctica española los acuerdos los están llevando a cabo la patronal y los sindicatos más representativos del sector, por lo que a pesar de ser un acuerdo marco, es decir no es un acuerdo para una sucesión empresarial en concreto, sí que las partes firmantes son por un lado, los representantes de los trabajadores que potencialmente se verán afectados y por el otro las empresas del sector en algún momento actuaran como empresas salientes y en otro como empresa entrante en dichas sucesiones de contratas.

1.3.- Sucesión de activos o bienes

En el Derecho de la Unión se recoge que puede haber una sucesión de entidad económica sin transferencia de título, tal y como se ha analizado, dicha sucesión puede tener lugar en dos tipos de sectores distintos: A) Sector desmaterializado o inmaterial, donde la entidad económica recae en la mano de obra y B) Sectores materiales donde los activos o bienes son parte muy relevante de dicha entidad económica.

En cuanto al ordenamiento jurídico nacional, este ha acabado aceptando la sucesión de la entidad económica en sectores inmateriales, cuando el cedente se hace cargo de los trabajadores de forma voluntaria, lo que se viene denominando como sucesión de plantilla. Sin embargo, todavía no se acepta la sucesión de activos o bienes en casos de sucesión de contratas.

En España cuando hay sucesión de título se analiza si se ha transmitido activos o bienes suficientes como para entender que hay una UPA, de declararse que hay sucesión de una UPA, el cesionario automáticamente se subroga en los contratos de trabajo de los trabajadores que formaban parte de la UPA, evitando de esta forma posibles fraudes donde se busca transferir bienes y no trabajadores. No obstante, esto no aplica en los casos de sucesiones de contrata al no estar bajo el amparo del artículo 44 ET. Esta situación está además conllevando dos consecuencias colaterales:

- i) Sectores materiales estipulando subrogaciones obligatorias cuando hay una sucesión de contrata. Se ha analizado como en el sector de la hostelería se establece dicha obligación cuando en un aeropuerto o un hospital hay un cambio de proveedor por lo que la empresa entrante se hace cargo de los materiales puestos a disposición y de la cautiva clientela. Este mismo supuesto fue revisado por el TJUE en el caso Sodexho, estableciendo que había sucesión empresarial y por tanto Sodexho se tenía que subrogar en los contratos de los trabajadores de la entidad económica. Es decir, según el ordenamiento jurídico comunitario al haber sucesión entra en juego la Directiva con todas sus garantías y para todos los trabajadores desempeñando su actividad en la entidad

económica, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo la doctrina establecida para los sectores inmateriales, habría subrogación de cara a aquellos empleados que cumplan con los requisitos establecidos en el convenio colectivo y con las garantías que dicho convenio establezca, no siendo de aplicación el artículo 44 ET. Existe otra posibilidad que es que la jurisprudencia entienda que al ser un sector material este tipo de garantías no se pueden establecer en un convenio colectivo que no sea inmaterial, por lo que no habría obligación por parte del cesionario a ninguna subrogación.

- ii) Otra situación donde se puede apreciar la divergencia entre el Derecho de la Unión y nuestro ordenamiento es en las reversiones. Cuando la empresa principal decidió externalizar una actividad de dicha empresa a un tercero a través de un contrato de servicios y al cabo del tiempo decide volver a desempeñar la actividad ella misma, nos encontramos con que en el ordenamiento jurídico comunitario se revisa si hay activos o bienes que dejan de ser, o de estar a disposición del tercero y la empresa principal vuelve a hacerse cargo de ellos. Ya que si estos los hay y son relevantes habría una sucesión de entidad económica basada en la sucesión de activos y bienes (Asunto Adif). Mientras que en nuestro ordenamiento jurídico esto no es viable al no haber una transferencia de título, además la principal no suele estar en sector al que pertenece el tercero ya que se suelen dedicar a actividades distintas, por lo que, aunque se intente recoger en la subrogación obligada por convenio colectivo del sector de la contrata, este posiblemente tampoco sea de aplicación. Recalcar únicamente que el asunto Adif supuso que, aunque el ordenamiento jurídico nacional español no recogiese esta posibilidad, Adif, empresa española, tuvo que subrogarse en el contrato de trabajo del demandante.

1.4.- El convenio colectivo aplicable si hay cambio de sector debe ser el del cesionario

El ordenamiento jurídico comunitario y el ordenamiento jurídico nacional recogen el mismo principio de mantener las condiciones laborales de los empleados afectados por una sucesión empresarial, una forma de mantenerlas es conservando la aplicabilidad del convenio colectivo del cedente para dichos empleados. No obstante, ambos ordenamientos saben que esta aplicabilidad es temporal, y es precisamente aquí donde se manifiesta la discrepancia, en cuando deja de ser de aplicación el convenio colectivo de la empresa cedente, siendo la divergencia más relevante el concepto de fecha de entrada de aplicación de otro convenio colectivo.

El Derecho de la Unión entiende que, por ejemplo, cuando la sucesión empresarial supone que la entidad económica cambia de sector, el convenio colectivo aplicable en el sector del cesionario es automáticamente aplicable a dicha entidad económica, mientras que en el ordenamiento jurídico nacional mantiene que el convenio colectivo de aplicación sigue siendo el de la empresa cedente, ya que este límite obligatorio establecido por la Directiva no se ha transpuesto ni en el literal de la norma ni en el objetivo de la misma a nuestro ordenamiento jurídico nacional.

La doctrina comunitaria mantiene que este límite a la aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente aplica a convenios colectivos del mismo nivel. Este límite ha sido avalado por el TJUE en sentencias como la del asunto Scattolon.

1.5.- Ius variandi

La doctrina nacional está entiendo que el ius variandi queda limitado en los casos de las sucesiones empresariales mientras que a nuestro entender esto no debería ser así, no debiendo estar incluido dentro del artículo 44.9 ET. La discrepancia radica en el punto de partida: la doctrina nacional se centra en el artículo 44.9 ET en sí. La propuesta es centrarse como punto de partida en los datos que llegan desde la Directiva y las resoluciones del TJUE, de esta forma el cesionario debe poder llevar a cabo las mismas acciones que hubiera podido llevar a cabo el cedente (Daddy's

dance hall), pudiendo aplicar las acciones de modificación de condiciones que permita el Derecho nacional aplicable en supuestos distintos al de transmisión de empresa (Asunto Anne Watson Rask) ya que no puede hacerse abstracción de los derechos del cesionario, que debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad. (Asunto Werhof), de esta forma el Estado miembro podrá legislar y acordar aspectos que vayan más allá de las garantías que la Directiva establece para los trabajadores pero que no atenten contra la libertad de empresa del cesionario, (Asunto Hans Werhof y Mark Aleo-Herron).

2.- EFECTO DE LAS DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL DERECHO NACIONAL

Se va a concluir cuales son los efectos para los tipos de negocios mayormente impactados por las divergencias evaluadas entre los dos ordenamientos jurídicos: 1) los contratos de servicios y 2) las externalizaciones y adquisiciones en distintos sectores.

2.1.- Contratos de servicios

Los trabajadores que desempeñan su actividad en sectores donde es común que la relación laboral esté ligado a un servicio, se considera que se encuentran en una situación de estabilidad laboral por debajo de la media de otros sectores, son los empleados más vulnerables a los cambios de proveedores. En España, quedan con una protección inferior a la que garantiza la Directiva. Ello cuando se den unos requisitos: Que el cesionario se haya hecho cargo de a la mayoría de la plantilla de la entidad económica en los sectores inmateriales y que se haya hecho cargo de suficientes bienes de la entidad económica en los sectores materiales.

De esta forma, nos podemos encontrar con la siguiente casuística y sus consiguientes efectos:

- i) En un sector inmaterial, donde no se recoge la subrogación en el convenio colectivo de aplicación, el cesionario decidirá si se hace cargo de los trabajadores o no, si no se hace cargo (o se hace cargo de un número irrelevante, ni cualitativo

para seguir con la entidad) no habría sucesión de entidad económica, si por el contrario decide hacerse cargo de la mayor parte de los empleados o de los empleados claves para poder seguir con la actividad, entonces habría sucesión de plantilla. En este caso no hay diferencia entre ambos ordenamientos.

ii) En un sector inmaterial la subrogación en las relaciones laborales está obligada por convenio. En este caso se pueden ver afectados por la divergencia entre los ordenamientos:

- Los trabajadores: Tanto los que son transferidos al cesionario porque no les aplica el artículo 44 de forma automática, sino las garantías que establezca el convenio colectivo, aunque pase el 100 por cien de la plantilla, como a los que no cumplen con los requisitos establecidos por el convenio, ya que se quedan fuera de la subrogación, aunque se transfieran los contratos de trabajo de la mayoría de sus compañeros. Mientras que, en el ordenamiento jurídico comunitario, si hubiese una sucesión de entidad económica, todos los trabajadores que desempeñaban su actividad laboral en la misma deberían ser transferidos al cesionario, y a todos los trabajadores les sería de aplicación todas las garantías de la Directiva.
- El cedente: Se podría entender que al haber sucesión de entidad económica la totalidad de los trabajadores deberían pasar al cesionario ya que se ha transferido la entidad económica entera, el cedente no tendría que indemnizar a ningún trabajador al haber finalizado el servicio. En España el cedente tendrá que bien reubicar a los empleados que no cumplen los requisitos del convenio colectivo o indemnizarles por terminar su contrato.
- El cesionario: Es posiblemente el beneficiario de esta divergencia entre los ordenamientos jurídicos, ya que por un lado tiene que hacer ofertas de trabajo a quien diga el convenio, pero si fuese por sucesión de entidad económica se quedaría con toda la plantilla, y por otro comienza la relación según como establezca el convenio, que como hemos visto los convenios no suelen llegar a las garantías del artículo 44 ET.

No obstante, hay que reconocer que todas estas posibilidades están sesgadas, es decir, es posible que el trabajador prefiera la indemnización a una oferta con el cesionario (en el asunto Schmidt de hecho lo que buscaba la Sra. Schmidt no era la oferta sino la indemnización por despido), o puede ser que al cesionario le gustase contar con el 100 por cien de la plantilla de la entidad económica, dado el conocimiento de la actividad y del cliente y de esta forma no puede, por lo menos de forma automática, ya que tendría que ofertar y negociar con aquellos que no cumplieron con los requisitos.

iii) Por su lado, en los sectores materiales, tal y como se han recogido en los ejemplos de Sodexho y Adif, se pueden ver afectados por la divergencia entre los ordenamientos:

- Los trabajadores: Al igual que en el ejemplo que se usó anteriormente en el estudio sobre el restaurante japonés (Vid supra cap. II, apartado 3.1), el nuevo proveedor puede elegir si prefiere quedarse sin ningún trabajador, con alguno o con todos y en el caso de quedarse con algún empleado la relación empieza de cero, aunque el trabajador este haciendo la misma actividad y con los mismos medios. Mientras que en el ordenamiento jurídico comunitario esto es inviable, teniendo que aplicar la regulación de la sucesión empresarial.
- El cedente: Tiene que indemnizar a los empleados si es que no les puede recolocar en otros proyectos dentro de su empresa.
- El cesionario: Como se ha recogido en el punto de los trabajadores, puede elegir a quien ofertar, empezando de cero.

Igualmente, sesgado como en el punto anterior ya que en la práctica real pueden ocurrir múltiples situaciones como por ejemplo que la empresa saliente tenga que indemnizar al trabajador por no poder reubicarle y al día siguiente empiece a trabajar para la empresa entrante.

2.2.- Externalizaciones y adquisiciones en distintos sectores:

En los supuestos de adquisiciones en los que el cedente y el cesionario pertenezcan a distintos sectores, al igual que en de las externalizaciones donde lo común es que las dos empresas pertenezcan a distintos sectores. Las divergencias entre cómo se podría aplicar la Directiva y como se aplica en nuestro ordenamiento jurídico, son muy relevantes.

En este sentido, hay importantes discrepancias que se dan al tratamiento en los términos y condiciones de los empleados afectados. En el ordenamiento jurídico comunitario se permite que cuando a la entidad económica cambia de sector, el convenio colectivo de la empresa cedente deje automáticamente de ser de aplicación y entra en juego el de la empresa cesionaria, como en Alemania o Italia. Esto no es viable en España porque ni siquiera se ha transpuesto este límite al convenio del cedente. Ciertamente es que en otros Estados miembros esta posibilidad tampoco existe, no obstante, en paralelo han recogido en su ordenamiento jurídico la limitación al convenio colectivo de la empresa cedente por el mero transcurso del tiempo (Rumania), opción no acogida por el legislador español, posiblemente porque se establecía en el artículo 44.4 ET que la partes podían acordar cual es el convenio colectivo aplicable, no obstante, se ha dicho que este acuerdo no es viable. Además, todo esto se puede agravar si como mantiene la doctrina se limita el *ius variandi*.

De esta forma se pueden ver afectados por la divergencia entre los ordenamientos:

- Los trabajadores: Se prolonga sus términos y condiciones, lo que en principio puede parecer más beneficioso para ellos, pero conviene recordar que se ha cambiado de sector, cambiado de realidad, de competidores y de mercado en general. Lo óptimo parecería que las condiciones negociadas entre los sindicatos y la patronal de ese nuevo sector, se ajustasen mejor a la nueva realidad. Llegando a un acuerdo sobre cómo llevar a cabo el cambio de aplicación de convenio para que no haya una merma en sus derechos ni un beneficio solo por la transferencia, tal y como busca la jurisprudencia del TJUE. Como decíamos este aspecto es más relevante aún si la transmisión consiste de una empresa principal en un sector material a una empresa

cesionaria en el sector inmaterial, donde pueden quedar más protegidos en el convenio colectivo del cesionario de cara a futuras sucesiones de contratas.

- El cedente: Queda prácticamente igual en los dos ordenamientos, no obstante, suele buscar, por lo menos en las externalizaciones, que estas se lleven a cabo de la forma menos conflictiva posible, ya que los empleados a transferir eran hasta ahora sus empleados, y por lo general va a seguir teniendo relación con ellos, aunque ahora como cliente.
- El cesionario: En España no puede aplicar de forma automática el convenio colectivo propio de su sector, aunque en otros Estados miembros sí (e.g. Alemania o Italia), ha de esperar a que se dé alguno de los límites al convenio del cedente establecido en el artículo 44 ET. Lo que conlleva tener que acarrear con la administración de plantillas con distintas condiciones. Ve perdurado en el tiempo unas condiciones que no son propias de su sector, mientras que en otros Estados miembros se han limitado por el único motivo del paso del tiempo, ya que en España el legislador no se acogió al límite del año. La doctrina mantiene que se le limita el ius variandi. (Además, como se ha revisado algunos aspectos del tema de la información a los representantes de los trabajadores siguen un tanto confuso, lo que puede impactar en las potenciales medidas laborales a tomar.)

3.3.- POTENCIALES SOLUCIONES:

Dado el contexto descrito en el estudio donde se han encontrado divergencias entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional en los siguientes aspectos: 1.- Concepto de entidad económica; 2.- Subrogación por obligación del convenio colectivo, esto en dos aspectos, a) en cuanto a la cuantificación de los trabajadores y b) en cuanto a las garantías en la sucesión; 3.- En la sucesión de activos o bienes en contratas; 4.- Sobre la aplicación del convenio colectivo del cesionario cuando hay un cambio de sector; y 5.- Sobre el ius variandi. Habría que plantearse cómo se podría subsanar

la situación, avanzando desde la potencial acción de mayor impacto para alinear todos los aspectos a la menor:

1.- Que desde Europa se aclarasen o matizasen más los distintos aspectos tratados, como el concepto de las medidas colectivas (*ius variandi*). No obstante, hay que destacar que, tanto el concepto de entidad económica para reconocer la sucesión empresarial sin transmisión de título, las garantías y funcionamiento de la sucesión por plantilla o por activos o bienes, así como la aplicación del convenio de la empresa cesionaria de forma automática por cambio de sector, son conceptos que ya han sido validados por el TJUE desde hace años.

2.- Otra forma sería modificando el artículo 44 ET, ampliando la casuística que da pie al cambio de convenio a los motivos recogidos en la Directiva, eliminando el acuerdo del 44.4 ET e igualmente aclarando que medidas hay que negociar con los representantes de los trabajadores, excluyendo el *ius variandi*. Se podría confirmar que para la sucesión de entidad económica no es necesario una transmisión de título, lo que por defecto solventaría el tratamiento actual a la sucesión de plantilla obligada por convenio y a la sucesión de activos o bienes.

3.- Sin modificar el Estatuto de los Trabajadores, la jurisprudencia nacional podría clarificar el aspecto de la entidad económica, recogido en el art 44.2 ET, no haría falta modificar el ET, ya que este concepto está en el literal del artículo 44.2 ET, habría que interpretarlo de forma alineada al ordenamiento jurídico comunitario. De esta forma se solventaría a su vez las diferencias entre los ordenamientos en lo referente a la sucesión de plantilla obligada por convenio y a la sucesión de activos o bienes. Se podría aclarar a que tipo de medidas se refiere el ordenamiento, excluyendo el *ius variandi*. Por último, en cuanto a la situación de cómo incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la aplicación del convenio de forma automática por cambio de sector

sin una modificación legislativa, se antoja complicada ya que tal vez, habría que forzar demasiado los términos actualmente recogidos en el artículo 44 ET.

Parece más viable, no obstante, la reinterpretación del artículo 44.4 ET que establece los acuerdos de cambios de convenio colectivo, se podría interpretar que los mismos son válidos al transcurrir un año desde la transferencia. Es decir, interpretar que el art 44.4 ET realmente establece un acuerdo para terminar con el convenio colectivo del cedente pero que no puede ocurrir antes del transcurso de un año, acogándose de esta forma a la opción que establece la Directiva en su artículo 3.3 párrafo segundo.

Siendo pragmáticos, sin que haya una modificación del Estatuto de los Trabajadores y sin cambio en la jurisprudencia, queda como solución analizar cada caso, las distintas opciones y posiblemente ser cautelosos a pesar de que se puedan mermar los Derechos de los trabajadores y empresarios, esto es asumir las herramientas que tenemos e intentar ajustarlas a la realidad.

Una última opción que tendrían las partes afectadas, empresas y trabajadores, sería defender ante los Tribunales los distintos aspectos detallados en el presente estudio que no están alineados con el ordenamiento jurídico comunitario. No obstante, para las empresas, dicha realidad conllevaría el tener una incertidumbre de estas características durante años, la cual puede menoscabar el clima laboral de las empresas, la motivación e incluso que haya problemas de retención ya que los cambios de empleador no buscados libremente por el trabajador, si no se manejan bien por parte de la empresa cesionaria puede ser demoledora para el negocio, por lo que es difícil que vayamos a encontrar empresas que estén dispuestas a dicha contienda.

Se antoja más viable que los trabajadores afectados en una sucesión de contratas en un sector material, donde haya habido una sucesión de activos o de bienes sin subrogación reclamen ser parte de la entidad económica. Así como los empleados que han sido parte de una subrogación obligada por convenio y lo han sido en un número o cualidad relevantes, reclamen que no les tiene que aplicar las

estipulaciones del convenio, si no las garantías del artículo 44 ET. De la misma forma también sería factible que en este último supuesto, sector inmaterial con subrogaciones obligadas por convenio en un número relevante, los trabajadores que no cumplían con los requisitos establecidos por el convenio y por tanto el cesionario no se ha subrogado en sus contratos de trabajo, planten que hay una sucesión de plantilla efectiva, ya que al TJUE no le es relevante el motivo de la subrogación, por lo que si hay volumen para entender que hay sucesión de plantilla, debe aplicar a todos, no excluyendo a los que no cumplían con ciertas características que pedía el convenio aplicable.

Todo ello, teniendo en cuenta lo revisado en los principios de interacción entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional, donde se mantiene que los derechos reconocidos, de forma precisa e incondicional, en una Directiva no ejecutada o ejecutada incorrectamente, son exigibles en todo momento. Que la norma de la Unión sustituye a la norma nacional en caso de contradicción y que el juez nacional está obligado a interpretar el Derecho nacional de acuerdo con la Directiva, así como que el particular tiene derecho a pedir esa interpretación incluso en las relaciones entre particulares.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERS, P., MARCHINGTON, M., WILKINSON, A., GOODMAN, J.: "The use of cycles? explaining employee involvement in the 1990s" *Industrial Relations Journal* 1992.

ADECCO OUTSOURCING: "VI Encuesta Adecco Outsourcing sobre Externalización", *Adecco*, 2015.

ADVOKATBYRÅ, E.: "Transfers of Undertakings and protection of employment"- Suecia, *Ius Laboris Guide.*, abril 2013.

ALDECOA, F.: "El referéndum británico: una posible oportunidad para el proyecto europeo", *Revista Aranzadi Unión Europea* núm. 11, noviembre 2016.

ALCAIDE FERNANDEZ, J. en VV.AA.: *Curso de derecho de la Unión Europea*, 2ª edi. Tecnos, 2014

ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: "La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: Aspectos constitucionales". *Revista de Derecho Político*, núm. 38, 1994, pp. 93-173.

ALEJOS GARMENDIA, B.: *Una propuesta para la continuidad de las empresas viables en el concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, 2016

ALONSO GARCIA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 4º ed, Civitas, 2014.

AÑÓN CALVETE, J.: "Primacía del Derecho de la Unión Europea (a propósito de la STC 232/2015, de 5 de noviembre)" *Noticias Jurídicas*, febrero 2016.

ARETA MARTINEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.: *Sucesión de empresa: contratas, subcontratas y otros supuestos. Claves prácticas* Francis Lefebvre, febrero 2017.

Asociación Española de empresas de Consultoría:
<http://www.consultoras.org/frontend/aec/base.php> , 2017

Baker & McKenzie: "BREXIT What it means for your business" publicado por el despacho de abogados *Baker & McKenzie LLP* de 2016.

BARNARD, C: *EU Employment Law*, Oxford EC Law Library, 4ª Ed. 2012.

BAZ RODRIGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Editorial Comares, Granada, 2002.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.:

- “Sucesión de contratas y “asunción de plantilla”: un concepto jurisprudencialmente no homogéneo”. 2015, Blog del autor: <http://ignasibeltran.com/2015/03/13/sucesion-de-contratas-y-asuncion-de-plantilla-un-concepto-judicialmente-no-homogeneo/>.
- “Sucesión de convenio colectivo en caso de subrogación de empresa e interpretación judicial (TJUE y TS)”. 2015, *Blog del autor*: <http://ignasibeltran.com/2015/06/01/sucesion-de-convenio-colectivo-en-caso-de-subrogacion-de-empresa-e-interpretacion-judicial-tjue-y-ts/>
- “Subrogación de empresa y límites a la sucesión de convenios: aplicación interna de la doctrina Scattolon” *Blog del autor*: <http://ignasibeltran.com/2015/04/13/subrogacion-de-empresa-y-limites-a-la-sucesion-de-convenios-aplicacion-interna-de-la-doctrina-scattolon/>
- “Ultraactividad: ¿la contractualización de un convenio colectivo es realmente predicable desde “el primer minuto”? (STS 18/10/16)”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 150, noviembre 2016
- “¿Una reversión del servicio de comedor escolar no puede describir una sucesión de empresa? ¿Ni a la luz del caso Abler?”, marzo 2017, *blog del autor*: <http://ignasibeltran.com/2017/03/22/una-reversion-del-servicio-de-comedor-escolar-no-puede-describir-una-sucesion-de-empresa-ni-a-la-luz-del-caso-abler/>

BLAHA, M.: “Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking” - *Eslovenia. XXIIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin.

BLAZQUEZ PEINADO, M^a D.: “El procedimiento contra los Estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario” Universitat Jaume, *Colleccion Estudis juridics*, núm 4, 2001

BOT. Y.: Conclusiones como Abogado General, presentadas el 5 de abril 2011. Asunto C-108/10. Ivana Scattolon.

BOU FRANCH, V.: *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Civitas, septiembre 2014.

BRONGEEST.: “Transfers of Undertakings and protection of employment” – Holanda, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

BUITER, W.: “Greek impasse raise fears of 'Grexit'.” *The Guardian*, 7 de febrero de 2012.

BUITER, W., EBRAHIM, R.: “Rising Risks of Greek Euro Area Exit”. *Citigroup*. 6 de febrero de 2012.

BUSUTTIL, S.: "Supremacy of EU law: what it means & what it entails". *Chamber of Advocates Conference*, 2006

CACHO SÁNCHEZ, Y. y otros: *Instituciones de la Unión Europea* - Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

CAMPS RUIZ, L.M:

- *El concepto aboral de empresario. Comentario al art 1.2 em AAVV comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores (Borrajo Dacruz, E. Dir)* Tomo I, edersa, Madrid 1990. P 39.

- *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.

- *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

CANO MARCO, F.: Manual práctico de Derecho laboral concursal. 2ª Edición, La Ley, 2016.

CAPSTAN.: "Transfers of Undertakings and protection of employment" – Francia, *Ius Laboris Guide*. – 2013.

CASTEDO, A. "Cómo el Brexit puede afectar a millones de europeos que viven y trabajan en Reino Unido", *BBC Mundo*, 24 de junio de 2016:
<http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-36533570>

CASTEGNARO: "Transfers of Undertakings and protection of employment" – Luxemburgo, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

CASTELLS, M.: *La era de la información. Economía, cultura y sociedad*. Siglo XXI editores, 2004.

CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: "Perspectivas de la evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo" *XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AEDTSS), Ediciones Cinca, Madrid 2015.

CHALMERS, D., DAVIES G., y MONTI, G.: *European Union Law: Text and Material*, Cambridge University Press, 3ª Edi. 2014, 3ª impresión 2015

CIFUENTES, D.: Ultraactividad y sucesión de empresa: ¿un nuevo frente de controversia?, *Newsletter Pérez-Llorca*, núm. 4, julio 2015

CLAEYS-ENGEL.: "Transfers of Undertakings and protection of employment" *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

COMISION EUROPEA:

- Commission report on Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, Bruselas, junio 2007
- Libro blanco sobre el futuro de Europa - Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025, Bruselas, marzo de 2017
- Commission services' working document - Memorandum on rights of workers in cases of transfers of undertakings", 2004

CRAIG, P. y DE BÚRCA, G.: *EU Law Text, Cases, and Materials*, 6ª Edi. 2015

CRISTÓBAL RONCERO, M^a del R.: *Los derechos de los Trabajadores en la Transmisión de empresas – Estudio del ordenamiento jurídico alemán*. Servicio de publicaciones Universidad Complutense facultad de Derecho, Madrid, 1999, pág 282

CRUZ VILLALÓN, J.: "Empresario". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 189, 2016

DAFYDD, L.: "Uber drivers win first round in employment status dispute", *International Law Office*, noviembre 2016

DAILY MAIL, 3 de noviembre 2016: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3903436/Enemies-people-Fury-touch-judges-defied-17-4m-Brexit-voters-trigger-constitutional-crisis.html>

DAVIES, J. Y BURD. M.: "What does Brexit mean for UK employment law?" *International Law Office*, febrero 2017.

DAVIES, P.:

- "Transfers – The United Kingdom Will have to Make up its own Mind" *Industrial Law Journal*, Reino Unido 2001.
- "Taken to the cleaners? Contracting out of services yet again", 26 *ILJ* 1997.

DAVIES, A.C.L.: *EU Labour Law*, EE, UK, 2012

DASHWOOD, A. DOUGAN, M., RODGER, B., SPAVENTA, E. Y WYATT, D.: *European Union Law*, Hart Publishing, 6ª Edi. 2011

DE SOTO RIOJA, S., "Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional", en CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 601-674.

DE VAL TENA. A.L.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales en el outsourcing*. Aranzadi, 2004.

DEL REY GUANTER, S., MARTINEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *RDMTAS* 58, pág 221 y siguientes.

DEL REY GUANTER, S.:

- “El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: Anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET”, *TL*, núm. 61, 2001.
- *Estatuto de los Trabajadores, comentado y con jurisprudencia*, 3ª edi. La Ley 2013, pág 909

DELOITTE: “M&A trends report 2015 - A comprehensive look at the M&A market”, *Deloitte Development LLC* 2015.

DESDENTADO BONENTE, A.:

- “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista de Asuntos Sociales*, nº 38, Madrid, 2002.
- “Seminario sobre la ultraactividad de los convenios colectivos y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014”, *impartido conjuntamente por los departamentos de derecho de trabajo de las universidades complutense y Carlos III de Madrid*, 15 de abril 2015.

DESDENTADO, A. y ORELLANA N.: *Los trabajadores ante el concurso*, Bomarzo, 2007
Pág 187.

DESDENTADO DAROCA, E: *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. Lex Nova, Valladolid 2006.

DIETER BORCHARDT: *El ABC del Derecho de la Unión Europea*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Tomo II, Civitas, Madrid, 1993.

DITTMAR.: “Transfers of Undertakings and protection of employment” - Finlandia
Ius Laboris Guide. - abril 2013.

DUFFY, K.: “Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking” - Irlanda.
XXIInd Meeting of European Labour Court Judges, septiembre 2014, Dublin.

EBRAHIM, R.: “Grexit – What does Grexit mean?”. *Gogreece.about.com*. 10 de abril de 2012.

ELLIOTT, M.: “1,000 words If EU law is supreme, can Parliament be sovereign?”,
University of Cambridge, 2016

ERMAN, W.: “Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9 Aufl., Münster 1993.

ESTEVE SEGARRA, A.: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Editorial Tirant lo Blanch, 2016

EUR-LEX, "Primacía del Derecho europeo", octubre 2010: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A114548>

EXPANSIÓN, "La revolución de la banca, Julio 2015 <http://www.expansion.com/empresas/banca/2015/07/20/55a62aeb268e3eaa2a8b456e.html>

EYLERT, M. y SCHINZ, R.: "Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking". *XXIIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Especial 1986-2016 30 años de España en la Unión Europea.. y en eso llegó el Brexit" *La Ley*, septiembre 2016.

FERRANTE, V.: "Comparative Labor Law Dossier, succession and transfer of business" – Italia, *IUSLavori*, Milan, enero 2015.

FRESNEDA, C. *En El mundo*:

<http://www.elmundo.es/internacional/2017/01/24/5887218446163fc5288b4626.html>

GÁRATE CASTRO, J.:

- "La movilidad funcional". *REDT* nº. 100.

- "Régimen jurídico del personal de alta dirección (y II)" *Actualidad Laboral*, Nº 4, *Sección Monografías de Jurisprudencia*, Quincena del 16 al 29 Feb. 2008, pág. 496.

GARCÍA ORTEGA, J. "La sucesión de contratistas" en *AAVV Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 354.

GARCÍA URETA, A.: *Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, 2013

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R.: "La transmisión de empresa en la Ley 12/2001, de 9 de julio. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores", en AA.VV. (coord. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I) "La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002. La Ley 2001 y el ANC 2002", Lex Nova, Valladolid, 2002.

GARDE, A.: "Recent developments in the law relating to transfers of undertakings.", *Common market law review.*, *Durham University*, Reino Unido, 2002.

GARRIGA, A. y SERRET, P.: "Cómo hacer valer los derechos que una directiva me reconoce. especial consideración de la cuestión prejudicial" *Cuadernos practicos Economist&Jurist*, 2003

GEORGIU, G.: Transfers of Undertakings and protection of employment"- Grecia. *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

GOERLICH PESET, J.M.:

- *Poderes del empresario, en Derecho del Trabajo*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016.

- "La ultraactividad de los convenios colectivos" en el foro de debate "La ultraactividad de los convenios colectivos" CCNCC, edición digital, 2013.

- *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

GÓMEZ ABELLEIRA, F. "Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *AL*, n.º 16, 2002, pág. 334.

GÓMEZ ARBOS, J: "La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos en la aplicación del artículo 44 ET". *Revista Española del Derecho del Trabajo*. 2016 núm. 185.

GOMEZ, M.: sobre la huelga general el 29 de marzo de 2010, *Periodico El país*. http://politica.elpais.com/politica/2012/03/08/actualidad/1331242620_561548.html

GORELLI HERNÁNDEZ, J.:

- "Transmisión de empresa y convenio colectivo aplicable", *Relaciones Laborales*, nº13, 2003, p. 29.

- "La concurrencia de convenios colectivos en la jurisprudencia laboral" *Temas Laborales* núm. 108, 2011. Págs. 13.

GORROCHATEGUI POLO, M.: "Las garantías colectivas de los trabajadores en la sucesión de empresas", *Forelab*, 2016.

HANDÓ, T., SIMON, E., NÉMETH, Z., CSORBA, A.: "Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking" – Hungría. *XXIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin.

HEPPLE: "Report for the Commission of the European Communities Directorate-General Employment, Industrial Relations and Social Affairs – Main shortcomings and proposals for revision of Council Directive 77/187/EEC", diciembre, 1990.

HERMINA, T.: "Derechos y deberes de los trabajadores y de los empresarios en las transmisiones de empresas según la nueva normativa comunitaria y del derecho interno español (la necesidad urgente de una reinterpretación", *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, núm. 195, 1999, p. 74).

HOUSTON, E.: *Transfers of undertakings in Ireland: Employment rights*, Bloomsbury Publishing PLC, 2011.

HROMADKA, W.: "Tarifvertrag und Arbeitsvertrag bei der Ausgründ von Betriebsteilen", *DB* 1996.

HUNT, J.: "Success at last? the amendment of the Acquired Rights Directive". *European Law Review*, 1999, 24(3), 215-230. *Centre for the Study of Law in Europe*, Department of Law, University of Leeds.

IBM: <http://ibmglobalentrepreneur.com/@ibmGE> (en lengua inglesa), febrero 2016.

JUNCKER, JC: *Ecobolsa*, 25 de junio de 2016:
<http://www.ecobolsa.com/noticia/economia-juncker-advierte-que-el-divorcio-con-reino-unido-no-es-amistoso.html> y JUNCKER, JC: *Elmundo*, junio 2016:
http://videos.elmundo.es/v/0_36o3d968-juncker-advierte-que-el-brexit-no-va-a-ser-un-divorcio-amistoso?count=0

KANIA, T.: "Tarifeinheit bei Betriebsübergang?", *DB* 1994.

KESSLER, F.: "Comparative Labor Law Dossier, succession and transfer of business", *IUSLabor Paris*, ISSN 1699-2938, enero 2015.

KITTNER, M – TRITTIN, W.: "Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis 3". *Aufl.* Köln 1997.

KLIEMT y VOLLSTÄDT.: "Transfers of Undertakings and protection of employment-Alemania" *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

KREMALIS: "Transfers of Undertakings and protection of employment" *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

KUMM, M. y FERRERES COMELLA, V.: "The Future of Constitutional Conflict in the European Union: Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty", *Jean Monnet Working Paper* núm 5, 2004

KUNZ SCHIMA WALLENTIN.: "Transfers of Undertakings and protection of employment - Austria" *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

KWIECIEŃ, R.: "The Primacy of European Union Law over National Law Under the Constitutional Treaty", *German Law Journal*, vol. 6 núm 11, 2005

LA UNIÓN EUROPEA *en su página web*. Febrero 2017. https://europa.eu/european-union/topics/trade_es

LAFUENTE SÁNCHEZ, R.: *Breve introducción a la Unión Europea*, Editorial Club Univeritario, 2016

LECZYKIEWICZ, D: "The 'national identity clause' in the EU Treaty: a blow to supremacy of Union law?" *UK Constitutional Law Association*, 2012

LEJINS, R.: "Transfers of Undertakings and protection of employment" – Letonia, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

LILJA HANSSON, C., GUNNARSSON, C., RENMAN, K.: Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking" - Suecia. *XXIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin.

LINDE PANIAGUA, E y MELLADA, P. *Iniciación al Derecho de la Unión Europea*. 5ª Ed. Colex. 2010.

LINDE PANIAGUA, E. Y BACIGALUPO SAGESSE, M.: *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 6ª Ed. Colex, 2012

LLINARES, J.: "El Brexit mete a Polonia en el quinteto de países con más poder en Bruselas", *El economista*, 11 de julio de 2016:
<http://www.eleconomista.es/economia/noticias/7696052/07/16/El-Brexit-mete-a-Polonia-en-el-quinteto-de-paises-con-mas-poder-en-Bruselas.html>;

LOPEZ, Mª. F., Y VEGA LOPEZ, J.: "La pérdida de vigencia del convenio ultraactivo y el régimen de las condiciones de trabajo" *en prensa*.

LOPEZ ANIORTE, Mª. C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*. Laborum, Murcia, 2003.

LÓPEZ CUMBRE, L.: "Condición más beneficiosa, actos propios e (ir)reversibilidad de condiciones laborales: usos permitidos, posteriormente prohibidos", *Análisis GA&P*, 2015.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *La transmisión de la empresa en la fase de liquidación del concurso de acreedores*, en AA.VV. *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, (Coordinadores: Ana Belén Campuzano, Ángel Rojo), Tirant lo Blanch, 2015.

LUDWIKOWSKI, R.: "Supreme Law or Basic Law? The Decline of the Concept of Constitutional Supremacy", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 9, 2002, pág. 601-644

MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9ª ed. Tecnos 2016.

MANGAS MARTÍN, A.: "El Derecho español ¿sin Unión Europea?" en 30 años de España en la Unión Europea, *La Ley*, 2016

MARÍN CORREA: "La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva 2001/23/CE", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº48, 2002, p. 95.

MARTÍN FLÓREZ, L., “La sucesión de empresa. Reflexiones sobre la significativa y esperada reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 1, 2002, p. 35.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo*- 20ª Ed. Tecnos, Madrid 2016.

MARTÍN VALVERDE, A.:

- “Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking” *XXIInd Meeting of European Labour Court Judges*, Dublin, septiembre 2014

- *Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo en Borrajo*, E. (dir) Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, 2ª ed t XII vol 2º Edersa, Madrid 1995

MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Estudio preliminar sobre el Tratado de Lisboa” artículo publicado en la página web del *Real Instituto Elcano*, Especiales sobre el Futuro de Europa, 2007.

MARTINEZ MORENO, C.: “Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresa y subcontratación”, *RL*, 1999, núm 11, p36.

MCMULLEN, J.: *Some Problems and Themes in the Application in Member States of Directive 2001/23/EC on Transfer of Undertaking*. Kluwer Law International 2007.

MELLA MÉNDEZ, L.: *Sucesión de empresa y convenio aplicable*, Comares, Granada 2000.

MENDEZ, L.: “El nuevo artículo 44, número 4, del Estatuto de los Trabajadores: convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de empresa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 111, 2002, p. 369.

MERCADER UGUINA, J. R.:

- *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch 2016, 9a Ed.,

- “Sucesión de contratas y transmisión de empresas” *El laborista*, noviembre 2016.

- “La sucesión de empresas: Derechos de trabajadores y afectación de los convenios colectivos”, *Congreso de graduados* 2014.

MERINO SEGOVIA, A. “La transmisión de empresas en el ordenamiento laboral Español: Un marco normativo insuficiente y deficiente”. *Revista de Derecho Social*, nº 45, 2009, pág. 76.

MESTDAGH: “Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking” - Belgica. *XXIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin.

MILIEU Ltd:

- "Implementation Report for Bulgaria Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses" - Para la comisión europea, Bruselas 2009.

- "Implementation Report for Rumania Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses" - Para la comisión europea Bruselas 2009.

MILLER, G: *The guardian*, 3 de noviembre 2016:

<https://www.theguardian.com/politics/2016/nov/03/high-court-brexit-ruling-what-does-it-all-mean>

MIRANDA BOTO, J.M.; *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.

MISCHO, J.: Conclusiones del Abogado General, apartado 52 en el asunto de 22 de febrero de 1990, Busseni, C-221/88.

MOIZARD, N.: "Droit social de l'Union européenne", *Jurisclasseur Europe*, 2010, fascículo 607.

MONEREO PEREZ, J.L.: *La noción de empresa en el derecho de trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid 1999.

MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 2004

MONTOYA MELGAR A.:

- "El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas". *RMTAS* núm. 48, 2004, pg. 136.

- *Derecho del Trabajo*, editorial Tecnos, Madrid 2016

- "Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa". *RMTAS* núm. 23, 2000, pg. 29.

- *Derecho Laboral concursal*, Civitas, 2015.

MORALA GÓMEZ, A. "La nueva regulación de la sucesión de empresas", *AL*, n.º 10, 2002, pág. 193.

MORENO DE TORO, C.: "Ejercicio y límites del Ius Variandi del empresario". *Temas Laborales*. núm. 98, 2009. Págs. 201-211.

MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

MUGA ROBLEDO, A.: “La colisión de convenios colectivos en la transmisión de empresa”, *RL*, 1991-I.

NORKUS: “Transfers of Undertakings and protection of employment” – Lituania, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

O’LEARY, S: *Employment Law at the European Court of Justice: Judicial Structures, Policies and Processes*, Hart Publishing 2002.

OLIVER, T.: “Preparations for a Brexit V: views from Belgium, Hungary, Latvia, Slovakia, and Sweden”, *London School of Economics*, 14 de junio de 2016.

ORTEGA ALVAREZ, L.: *Derecho Comunitario Europeo*, Lex Nova, 2008

ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, Thomson Reuters, editorial Aranzadi, España 2011, ISBN 978-84-9903-051-7, págs. 255-280.

OWEN, J.: “END OF THE EU? Germany warns FIVE more countries could leave Europe after Brexit”, *Express*, Londres 26 de junio de 2016: <http://www.express.co.uk/news/world/683224/END-OF-THE-EU-Germany-France-Austria-Hungary-Finland-Netherlands-Europe-Brexit>

PAINTER, R. HOLMES, A.: *Cases and Materials on Employment Law*. Oxford University Press, 2015.

PALOMEQUE, M. C.: *Empresarios desprovistos de personalidad: Las comunidades de bienes*, editorial Civitas, pag 229.

PARUCH, R.: “Transfers of Undertakings and protection of employment” – Polonia, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

PECINOVSKY, P.: “Comparative Labor Law Dossier, succession and transfer of business” *IUSLabor 1/2015*, KU Leuven Belgica, 2015.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Filiación, grupos de empresa” en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2000.

PINTO, P., MONTEIRO, B., BRANCO, R., JARDIM, A.: “Transfers of Undertakings and protection of employment” - Portugal, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

PONS CARMENA, M.: *Modelo Social Europeo y protección de los derechos sociales fundamentales*. Reus, Valencia, 2015.

PRADAS MONTILLA, R.: "Convenio colectivo aplicable en el caso de sucesión de empresa el nuevo art. 44.4 del Estatuto de los Trabajadores", *Documentación Laboral*, nº65, 2001, p. 13.

RANDL.: "Transfers of Undertakings and protection of employment" - República Checa, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

RECIO, A.: "Empresa red y relaciones laborales", en AA.VV. Capitalismo, desigualdades y degradación ambiental. *VII jornadas de economía crítica*, Icaria, Barcelona 2001.

REICH, R.B.: *El trabajo de las naciones*, Vergara, Madrid 1993.

RICARDO MORÓN PRIETO, R.: "Jurisprudencia Social" *Revista Jurídica de la comunidad de Madrid*. 1 de noviembre 1999 nº 5.

RIFKIN, J.: *la era del acceso*, Paidós, Barcelona 2000.

RIOS SALMERON.B. y SEMPERE NAVARRO, A., en MONTTOYA, A y otros: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson/Aranzadi, 8ª ed., 2010, pág 767.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.:

- "Transmisión de empresas y derecho europeo", en AA.VV. *La transmisión de empresas en Europa*, Cacucci, Bari, 1999, p. 31.

- "Convenio colectivo aplicable tras la transmisión de la empresa", *Diario La Ley*, Nº 8435, Sección Columna, 4 de diciembre de 2014, Año XXXV.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.:

- " El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales", *RL*, n.º 11-12, 2002, pág. 189.

- "La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial". *RL*, 1999, vol. I, pág. 1243

ROJO, A.: "Contenido de la propuesta de convenio (artículo 100)" en BELTRAN SANCHEZ, M y ROJO FERNANDEZ RIO, A.: *Comentario de la Ley concursal*, Civitas 2006.

ROMÁN DE LA TORRE: *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Ed. Grapheus. Valladolid. 1992.

SALA FRANCO, T.:

- "La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos", *La Ley* 6654/2013.
- *Relaciones Laborales*. 5ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, 2014
- "La sucesión de contratas", en AAVV. *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid (Lex Nova), 2002.

SALA T., ALFONSO, C. Y PEDRAJAS, A.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

SALA, P.: "La falta de transposición de una Directiva puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad patrimonial frente a terceros", *Confilegal*, noviembre, 2016

SALINAS MOLINA, F.: "La ultraactividad de los convenios colectivos", *Ponencia en las XXVI jornadas Catalanas de Derecho Social*, Barcelona, 2015, en prensa.

SALOHEIMO, J.: "Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking" - Finlandia. *XXIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: "España y Europa, treinta años para una nueva mentalidad jurídica" en 30 años de España en la Unión Europea, *La Ley*, 2016.

SANGUINETI RAYMON, W.:

- "La deconstrucción del derecho del trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿Un devenir inevitable?" *RL* núm. 23, 2004.
- "las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales". En *"La negociación colectiva en España: una mirada crítica"*, dir. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 99-118

SARGEANT, M. para la Human European Consultancy en colaboración con Middlesex University Business School.: Implementation Report, Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses, junio 2007.

SAVAGE, M.: "EU referendum: Could Brexit lead to Sweden 'Swexit'?" *BBC news*, Londres, junio de 2016: <http://www.bbc.com/news/uk-politics-eu-referendum-36548114>

SCHARLING, J.: Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking” – Dinamarca, *XXIInd Meeting of European Labour Court Judges*, septiembre 2014, Dublin.

SEMPERE NAVARRO, A.:

- “Sobre los aspectos colectivos en la transmisión de empresas” *Aranzadi Social* núm. 7, 2002.

- *Aspectos laborales de la Reestructuración Empresarial*, Thomson Reuters, editorial Aranzadi, España 2011.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ, F. "La sucesión de empresas tras la Directiva 2001/23 y la Ley 12/2001", en AAVV. *Análisis de la Ley 12/2001 de 9 de julio. La Reforma Laboral de 200*, Navarra, Aranzadi, 2001, págs. 167, 168 y 169.

SERRANO GARCÍA, J. M., “Efectos laborales de las reestructuraciones empresariales: fusiones o escisiones empresariales”, en PATÓN GARCÍA, G., (coord.) *La liquidación de empresas en crisis: aspectos laborales, fiscales y mercantiles*, Bosch 2014, p. 200 y p. 220.

SERRANO OLIVARES, R:

- “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa: a propósito de la STJUE de 6 de septiembre de 2011 (Caso Scattolon) (TJCE 2011, 246)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 6, 2012.

- “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y transmisión de empresa: la extraña pareja”, *IUSLabor* núm 2, julio 2015.

SHARPSTON: Conclusiones como Abogada General presentadas el 6 de mayo de 2010 en el asunto UGT-FSP. C-151/09, sentencia de 29 de julio 2010.

SHIELD.: “Transfers of Undertakings and protection of employment” Irlanda, *Ius Laboris Guide*. 2013

SHURBSALL, V.: “Competitive Tendering, Out-sourcing and the Acquired Rights Directive”, *Modern Law review*, Reino Unido 1998.

SIEBERSON, S. C.: Inching Toward EU Supranationalism? Quali ed Majority Voting and Unanimity Under the Treaty of Lisbon’, *Virginia Journal of International Law*, Volume 50, No 4, pg 926, 2010

SILKIN, L.: “Transfers of Undertakings and protection of employment” – Reno Unido, *Ius Laboris Guide*, abril 2013.

SKUBAL, J., VARGA, P.: “Transfers of Undertakings and protection of employment”- Eslovaquia, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

SOÓS, A.: "Transfers of Undertakings and protection of employment" – Hungría, *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

SQUIERS, N.: *The telegraph*, 25 de junio de 2016:
<http://www.telegraph.co.uk/news/2016/06/25/european-leaders-fear-brexit-vote-could-herald-eu-collapse-unles/>

STATISTA:

- *Global outsourcing industry revenue from 2010 to 2016*, Statista Dossier, 2017.

- *Global outsourcing market* Statista Dossier, 2017.

- *Mergers and acquisitions (M&A) in Europe* - Statista Dossier, 2016.

TAPIA HERMIDA, A. "Derechos y deberes de los trabajadores y de los empresarios en las transmisiones de empresas según la nueva normativa comunitaria y el derecho interno español. (La necesidad urgente de una reinterpretación)", *RTSSCEF*, n.º 195, 1999, pág. 90.)

The CMS Employment and Pensions Group: "Guide to Employment Issues in an M & A Transaction", *CMS Legal Services EEIG* (July 2014)" – DSB, julio 2014.

THE INDEPENDENT: 4 de noviembre de 2016:

<http://www.independent.co.uk/voices/brexit-daily-mail-pro-brexit-newspapers-tabloids-enemies-of-the-people-high-court-ruling-lost-touch-a7397251.html>

TOFFOLETTO DE LUCA.: ""Transfers of Undertakings and protection of employment" Italia, *Ius Laboris Guide*. 2013.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., "Los efectos de la transmisión de empresa sobre el mandato de los representantes de los trabajadores: especial referencia la sucesión de contratas y falta de representación social en el nuevo empleador", *El empresario laboral*, Tirant Lo Blanch, 2010

TTR - TRANSACTIONAL TRACK RECORD - *Iberian Market* – Annual, 2016,

UK GOVERNMENT: *Employment Rights on the transfer of an Undertaking* - A guide to the 2006 TUPE.

VADILLO ARNÁEZ, R.: "La incorporación al derecho nacional de las Directivas de la Unión Europea y de las futuras Leyes Marco europeas", *Derecho en Comunitario*, mayo 2005.

VALDALISO, J. L., & LOPEZ, S. S: *Historia Económica de la empresa*. Barcelona, 2002.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: La transmisión de empresa y las Relaciones Laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional. *Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*. Madrid 2001.

VAN HARTEN, H., NAUTA, T.: Towards horizontal direct effect for the free movement of goods? Comment on Fra.Bo. *European Law Review*, núm 5, 2013, págs. 677-694

VÁZQUEZ ORGAZ, J.: “La eficacia directa de las directivas comunitarias” *Derecho en Comunitario*, octubre 2002

VELLA, J.: *Transfer of undertakings* GVZH, noviembre 2013.

VENTURA, B.: “Diez ideas para entender por qué ha ganado el Brexit y qué pasará ahora” *Eleconomista*, 24 de junio de 2016:

<http://www.eleconomista.es/economia/noticias/7660144/06/16/Diez-ideas-para-entender-por-que-ha-ganado-el-brexit-y-que-pasara-ahora-.html>

VERHOFSTADT, G.: “Sobre posibles modificaciones y ajustes de la actual configuración institucional en la Unión Europea” *Parlamento Europeo*, diciembre 2016.

VINDING, N.: “Transfers of Undertakings and protection of employment” – Dinamarca *Ius Laboris Guide*. - abril 2013.

VIQUEIRA PEREZ, C.: “Aspectos laborales de la Ley Concursal. Algunos puntos críticos tras un lustro de aplicación”. *AL*, Nº 18, 2010.

WILSON, B.: “What is the 'gig' economy?”, *BBC*,
<http://www.bbc.com/news/business-38930048>

ZÖLLNER, W.: “Veränderung und Angleich tarifvertraglich geregelter Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang”, *DB* 1995.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 5 de febrero de 1963. Asunto Van Gend & Loos, C-26/62: Cap.2: Eficacia directa de los ciudadanos ante las normas europeas.

STJUE de 15 de julio de 1964, Asunto Flaminio Costa C-6/64: Cap.2: al principio de primacía del Derecho de la Unión sobre el interno en términos absolutos y globales.

STJUE de 17 de diciembre de 1970, Asunto Internationale Handelsgesellschaft C-11/70: Cap.2: primacía ante derecho nacional, incluido el de rango constitucional.

STJUE de 12 de diciembre de 1974, Asunto Walrave –UCI, C-36/74: Cap.2: Primacía, los particulares tendrán obligación de dejar de aplicar la norma nacional y en consecuencia aplicar la norma de la Unión a la relación jurídica prevista por la misma.

STJUE de 4 de diciembre de 1974, Asunto Van Duyn C-41/74: Cap.2: Eficacia directa de la Directiva.

STJUE de 16 de diciembre de 1976, Asuntos Rewe y Comet 33/76 y 45/76: Cap.2: Principio de cooperación leal - en un contexto de falta de normativa comunitaria en la materia, remitió a los ordenamientos jurídicos nacionales la designación de los órganos competentes y las modalidades procesales pertinentes a los efectos de garantizar la plena salvaguarda de los derechos derivados del ordenamiento jurídico comunitario.

STJUE de 1 de febrero de 1977, Asunto Verbond van Nederlanse C-1977, 51/76: Cap.2: Estado miembro destinatario asegure el resultado fijado por la Directiva, es una obligación imperativa impuesta por el Tratado a los Estados miembros.

STJUE de 19 de enero de 1982 Asunto Becker, C-8/81: Cap.2: Directiva - eficacia aplicativa exclusivamente en su aptitud para generar derechos en favor de los particulares.

STJUE de 5 julio de 1982, Asunto Felicitas Rickmers, C-270/81: Cap.2: Directivas - situación de incumplimiento por parte de los Estados miembros de su obligación de ejecutarlas correctamente en su Derecho interno dentro del plazo fijado.

STJUE de 15 de mayo de 1986, Asunto Johnston C-222/84: Cap.2: . El denominado derecho al juez.

STJUE de 26 de febrero de 1986, Asunto Marshall, C-152/84: Cap.2: Efecto vertical de las Directivas alcanza al Estado, aunque en un supuesto actúe como particular.

STJUE, de 18 de marzo de 1986, Asunto Spijkers C-24/85.: Cap.3: Criterios para analizar si hay entidad económica.

STJUE 17 de diciembre de 1987. Asunto Ny Melle Kro, C-287/86.: Cap.4: Directiva no aplica a personas que ya no son empleadas de la cedente y futuras contrataciones.

STJUE 8 de octubre de 1987, Asunto Kolpinghuis Nijmegen, C- 80/86: Cap.2: Estado no puede exigir el cumplimiento de tales obligaciones a los particulares afectados, ya que no puede hacer cumplir una Directiva que él mismo no ha respetado.

STJUE de 11 de junio de 1987, Asunto Pretore de Saló, C-14/86: Cap.2: Estado no puede exigir el cumplimiento de tales obligaciones a los particulares afectados, ya que no puede hacer cumplir una Directiva que él mismo no ha respetado.

STJUE de 9 de marzo de 1987, Asunto Simmenthal 106/77: Cap.2: obligación por parte del juez nacional a inaplicar la ley nacional si va en contra de ley de la unión.

STJUE de 10 de febrero de 1988. Asunto Daddy's Dance Hall A/S, C- 324/86: Cap.4: no puede renunciar a los derechos que le confieren los preceptos imperativos de la Directiva.

STJUE de 5 de mayo de 1988. Asuntos acumulados Harry Berg, Ivo Martin Besselsen y otros, C-144 y 145/87: Cap.4: Cláusula de remisión estática al convenio colectivo del cedente.

STJUE de 22 de junio de 1989, Asunto Constanzo, C-103/88: Cap.2: Efecto vertical de las Directivas por el particular ante el Estado abarca un concepto de Estado amplio, considerándose de esta forma las administraciones públicas, estatales, autonómicas, provinciales, locales e institucionales.

STJUE de 12 de junio de 1990 Asunto Foster, C-188/89: Cap.2: Las disposiciones de una directiva susceptible de tener efectos directos se pueden invocar ante un organismo que, cualquiera que sea su forma jurídica, ha sido encargado en virtud de un acto de autoridad pública de cumplir, bajo el control de esta última, un servicio de interés público y que disponga a ese fin, de poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares.

STJUE de 13 de noviembre de 1990, Asunto Marleasing, C-106/89: Cap.2: El juez nacional debe tomar en consideración el conjunto de normas del Derecho nacional, incluso preexistente.

STJUE de 19 de junio de 1990, Asunto Factortame Ltd y otros. C-213/89: Cap.2: una jurisdicción nacional, en el marco de una cuestión prejudicial sobre la validez de una norma nacional, deberá suspender inmediatamente la aplicación de esta norma, a la espera de la solución preconizada por el TJUE y de la sentencia que el órgano jurisdiccional dicte al respecto en cuanto al fondo.

STJUE de 19 de noviembre de 1991, Asunto Francovich e.a, C-6/90: Cap.2: Principio de responsabilidad del Estado - daños y perjuicios a ciudadanos.

STJUE de 25 de julio de 1991. Asunto Giuseppe d'Urso, Adriana Venadori y otros, C-362/89.: Cap.5: normas de la Directiva son obligatorias para todos, incluidos los representantes sindicales.

STJUE de 12 de noviembre de 1992, Asunto Anne Watson Rask & Kirsten Christensen, C-209/91: Cap.3: actividad accesoria.

STJUE de 12 de noviembre de 1992. Asunto Anne Watson Rask, C-209/91: Cap.5: condiciones del contrato o de la relación laboral relativas al salario, en especial, la fecha de pago y la composición del salario, no pueden modificarse, ni siquiera aun cuando no varíe la cuantía global del mismo. No obstante, la Directiva no se opone a una modificación de la relación laboral con el nuevo empresario.

STJUE de 14 de abril de 1994. Asunto Schmidt, C-392/92.: Cap.3: Entidad económica en sector inmaterial y sucesión de plantilla.

STJUE de 14 de julio de 1994, Asunto Faccini Dori, C-91/92: Cap.2: Principio de responsabilidad del estado en una Directiva no transpuesta.

STJUE de 23 de febrero de 1994, Asunto Difesa della Cava, C-236/92: Cap.2: Directiva si incondicional y suficientemente se puede pedir su aplicación, aunque no transpuesta.

STJUE de 8 junio 1994 Asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte C-382/1992: Cap.5: Estados miembros, aunque conservan una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones, deben velar por las infracciones de la normativa comunitaria sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo.

STJUE de 16 de diciembre de 1996, Asunto Miret Wagner, C-334/92: Cap.2: Principio de responsabilidad del estado en una Directiva no transpuesta.

STJUE de 17 octubre de 1996, Asunto Denkavit, C-283/94: Cap.2: Principio de responsabilidad del estado en una Directiva transpuesta incorrectamente.

STJUE de 23 de mayo de 1996, Asunto Hedley Lomas, C-5/94: Cap.2: Principio de responsabilidad del estado por norma de la unión aplicable directamente.

STJUE de 26 de marzo de 1996, Asunto British Telecom, C-392/93: Cap.2: Principio de responsabilidad del estado en una Directiva transpuesta incorrectamente.

STJUE de 30 de abril de 1996, Asunto CIA Security International, C-194/94: Cap.2: Se legitima a un particular para invocar frente a otro particular, una disposición de una Directiva que le perjudica; al pretender excluir la aplicación de una norma nacional incompatible con la Directiva y no la aplicación de la misma del contenido de la Directiva.

STJUE de 5 de marzo de 1996, Asunto Brasserie du Pêcheur C-46/93: Cap.2: cooperación leal de los Estados miembros para con la Comunidad.

STJUE de 7 de marzo de 1996, Asunto Merckx y Neuhuys, C-171/94 y C-172/94: Cap.3: sucesión de concesionario y oposición a subrogación.

STJUE de 8 de octubre de 1996, Asunto Dillenkoffe, C-178/94: Cap.2: Principio de responsabilidad del estado en una Directiva no transpuesta.

STJUE de 11 de marzo de 1997 Asunto Süzen C-13/95.: Cap.3: Entidad económica en sector inmaterial y criterios.

STJUE de 22 de abril de 1997, Asunto Eunice Sutton, C-66/95: Cap.2: Principio de responsabilidad del estado en una Directiva transpuesta incorrectamente.

STJUE de 10 de diciembre de 1998. Asunto Hernández Vidal y otros, C-127/96, C-229/96 y C-74/97: Cap.3: La actividad no puede reducirse a la obra.

STJUE de 10 de diciembre de 1998. Asunto Sánchez Hidalgo y otros asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96: Cap.3: contracting out / externalización.

STJUE de 12 de noviembre de 1998. Asunto Europièces SA, C-399/96: Cap.5: opone a la subrogación de su contrato o de su relación de trabajo al cesionario, siempre que el trabajador adopte dicha decisión libremente.

STJUE de 16 de junio d 1998. Asunto Johannes Martinus Lemmens, C-226/97: Cap.2: Se legitima a un particular para invocar frente a otro particular, una disposición de una Directiva que le perjudica; al pretender excluir la aplicación de una norma nacional incompatible con la Directiva y no la aplicación de la misma del contenido de la Directiva.

STJUE de 2 de diciembre de 1999. Asunto Allen, C-234/98: Cap.3: subcontratación.

STJUE de 14 de septiembre de 2000. Asunto Renato Collino y Luisella Chiappero, C-343/98: Cap.4: Antigüedad.

STJUE de 19 de septiembre de 2000, Asunto Linster, C-287/98: Cap.2: Estado miembro destinatario asegure el resultado fijado por la Directiva, es una obligación imperativa impuesta por el Tratado a los Estados miembros.

STJUE de 19 de septiembre de 2000, Asunto Linster, C-287/98: Cap.2: Efecto de exclusión dela norma nacional si incompatible con la de la unión.

STJUE de 26 de septiembre 2000. Asunto Mayeur, C-175/99: Cap.3: traspasos de empresas al estado.

STJUE de 26 de septiembre de 2000, Asunto Unilever Italia, C-443/98: Cap.2: Se legitima a un particular para invocar frente a otro particular, una disposición de una Directiva que le perjudica; al pretender excluir la aplicación de una norma nacional incompatible con la Directiva y no la aplicación de la misma del contenido de la Directiva.

STJUE de 25 de enero de 2001, Asunto Oy Liikenne Ab, C-172/99: Cap.3: entidad económica / autobuses no suficiente.

STJUE de 24 de enero de 2002. Asunto Temco Service Industries SA, C-51/00: Cap.3: sucesión de platilla en contrata.

STJUE de 4 de junio de 2002 Asunto Beckmann, C-164/00: Cap.3: privatización.

STJUE de 20 de noviembre de 2003. Asunto Sodexho, C-340/01: Cap.3: sucesión de actividad sector material en contrata.

STJUE de 11 de noviembre de 2004. Asunto Delahaye C-425/02: Cap.3: traspasos de empresas al estado.

STJUE de 5 de octubre de 2004, Asunto B.Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01: Cap.2: El juez nacional debe tomar en consideración el conjunto de normas del Derecho nacional.

STJUE de 26 de mayo de 2005. Asunto Celtec C-478/03: Cap.3: privatización.

STJUE de 9 de marzo de 2006, Asunto Werhof, C-499/04.: Cap.4: equilibrio justo entre los intereses de los trabajadores, por una parte, y los del cesionario.

STJUE de 27 de noviembre de 2008, Asunto Mirja Juuri, C-396/07: Cap.4: Fecha expiración coincide con la de la transmisión de la empresa.

STJUE de 24 de junio de 2010, Asunto Sorge, C-98/09: Cap.2: No puede conducir a que se apliquen al litigio ante el tribunal remitente normas nacionales que no son formalmente válidas.

STJUE de 20 de julio de 2010. Asunto UGT-FSP. C-151/09: Cap.3: criterios entidad económica.

STJUE de 20 de enero de 2011. Asunto CLECE, S.A., C-463/09: Cap.3: entidad económica.

STJUE de 26 de febrero de 2011, Asunto Melloni, C399/11: Cap.2: principio de primacía del Derecho de la Unión, aun si son de rango constitucional, no pueden afectar a la eficacia del Derecho de la Unión.

STJUE de 6 de septiembre de 2011, Asunto Ivana Scattolon, C-108/10: Cap.4: Cambio de convenio al cambiar de sector / Derecho vs convenio.

STJUE de 18 de julio de 2013, Asunto Mark Alemo-Herron y otros, C-426/11: Cap.4: Referencia Estática vs Dinámica / Sector público a privado.

STJUE de 22 de enero de 2013. Asunto Sky Österreich, C-283/11: Cap.4: Proporcionalidad entre los derechos de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

STJUE de 11 de septiembre de 2014 Asunto Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-328/13.: Cap.4: Ultraactividad / cualquier acuerdo colectivo.

STJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto Enes Deveci y otros, E-10/14: Cap.4: Aplicación de un nuevo convenio colectivo en el cesionario si de acuerdo con legislación local.

STJUE de 6 de marzo de 2014. Asunto Lorenzo Amatori y otros, C 458/12: Cap.3: unidad económica organizada.

STJUE de 26 de noviembre de 2015. Asunto Adif C-509/14: Cap.3: sucesión de actividad sector material en contrata.

STJUE de 28 de enero de 2015, Asunto Gimnasio Deportivo San Andrés, S.L, C-688/13: Cap.5: el Estado miembro podrá legislar y acordar aspectos que no supongan modificaciones de las condiciones; que vayan más allá de las garantías que la Directiva establece para los trabajadores y que no atenten contra la libertad de empresa del cesionario.

STJUE de 9 de septiembre de 2015. Asunto João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros C-160/14: Cap.3: transmisión de un centro de actividad.

STJUE de 14 de septiembre de 2016, Asunto Ana de Diego Porras, C-596/14: Cap.2: Se opone a que un Estado miembro diferencia las indemnizaciones por fin de contrato al tipo de contrato.

STJUE de 21 de diciembre de 2016, Asunto Francisco Gutiérrez y otros, C-154/15: Cap.2: Revoca la no retroactividad de la cláusula del suelo.

Asunto C-434/15: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, el 7 de agosto de 2015 – Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain, S.L.: Cap.1: gig market / tecnología vs transporte.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 105/1992 de 1 de julio (RTC 1992/105):. Cap.4: acuerdos individuales en masa.

STC 145/2012 de 2 de julio de 2012.: Cap.1: reconociendo esa primacía de las normas del ordenamiento comunitario.

STC 8/2015 de 22 de enero de 2015: Cap.4: Inconstitucionalidad Ley 3/2012.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS 13660/1987, de 19 de enero de 1987: Cap.3: compraventa de las acciones de una sociedad anónima, que no lleva consigo, aunque sea total, la extinción de aquella y su sucesión por la entidad adquirente.

STS 9421/1990 de 18 de diciembre de 1990 (Ar 9808): Cap.4: como convenio aplicable no el de la cedente sino aquél que resultare más favorable.

STS 2307/1993, de 5 de abril de 1993(RJ 1993\2906): Cap.3: cuando el dueño de la actividad sea un ente administrativo que la adjudique mediante concesión o contrata, los pliegos de condiciones puedan ocuparse -y generalmente lo hacen- sobre la asignación del personal de los adjudicatarios anteriores a los sucesivos, imponiendo la subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo; lo cual es posible, no porque se deje a la discrecional voluntad del ente público la posibilidad de establecer o no la subrogación que se impone "ope legis"; sino porque, en tal caso, el pliego de condiciones lo que haría sería perfilar el objeto de la concesión.

STS 5265/1995 de 24 de octubre de 1995: Cap.4: trabajadores de la cesionaria tengan diferentes condiciones de trabajo, no existirá discriminación.

STS 7734/1995 de 3 de abril de 1995: Cap.5: Modificaciones sustanciales, art 41 prevé una lista ejemplificativa y no exhaustiva.

STS 237/1997, de 20 enero 1997 (RJ 618):. Cap.4: Convenio colectivo nuevo.

STS 1639/1998 de 11 de marzo de 1998: Cap.5: Condición más beneficiosa.

STS 2934/1999, de 30 de abril de 1999 (RJ 1999\4660): Cap.3: el hecho de que el grupo de empresas implique en determinados casos una sola unidad económica que comporte una comunicación de responsabilidades frente a sus trabajadores, tampoco se traduce ni en una confusión ni en una sucesión, siempre que se conserve la titularidad formal.

STS 4146/2000 de 22 de mayo de 2000: Cap.3: requisito esencial en la sucesión de empresas que regula el artículo 44 ET, la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación.

STS 2955/2001 de 9 de abril de 2001: Cap.5: Modificaciones sustanciales, art 41 provee una lista ejemplificativa y no exhaustiva.

STS 2111/2002 de 22 de marzo de 2002: Cap.4: Equipara la extinción del convenio del cedente a la expiración y la aplicación del convenio del cesionario a la entrada en vigor de uno nuevo.

STS 6688/2002 de 11 octubre 2002 (RJ 2002\10682): Cap.4: homogenización condiciones.

STS 5393/2003 de 28 de Julio de 2003(RJ 2003\7782): Cap.3: importancia de facilitar la información establecida en el convenio colectivo y la repercusión de la misma. Así esta sentencia mantiene que los convenios colectivos que establecen esta garantía suelen condicionar su efectividad a la puesta en conocimiento.

STS 5849/2003 de 30 septiembre 2003 (RJ 7450): Cap.4: Convenio colectivo nuevo.

STS 1374/2004 de 1 de marzo de 2004 (4846/2002): Cap.3: la reversión de un cine, se mantiene que lo que se está arrendando no es un local de negocio para la instalación de una industria de cine, sino una industria ya instalada.

STS 6381/2004 de 11 de octubre de 2004: Cap.5: carácter imperativo del cambio de empresario para el trabajador.

STS 6892/2004 de 27 de octubre de 2004 (899/2002) (RJ 2004\720): Cap.3: posibilidad de que un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción.

STS 3279/2005, de 26 de mayo de 2005: Cap.3: en las contratas sucesivas de servicio como el de limpieza, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación.

STS 7971/2005, de 20 de diciembre de 2005: Cap.3: revisión de la doctrina de sucesión de plantilla, fundamentada por el pliego de condiciones de una concesión administrativa.

STS 1998/2005 de 4 de abril de 2005 (2423/2003) (RJ 2005\5736): Cap.3: necesario que entre el cedente y el cesionario exista una transmisión de activo patrimonial.

STS 5442/2005, de 22 de septiembre de 2005: Cap.3: determinar si en los procesos de segunda adjudicación del servicio handling en los aeropuertos se produce o no una verdadera sucesión de empresas.

STS 6724/2005 de 3 de noviembre de 2005: Cap.5: Nulidad en la externalización por no haber cumplido con los requisitos internos el cedente de acordar con los representantes.

STS 7052/2005 5 de 22 de noviembre de 2005: Cap.5: handling y Derecho condicionado a la vigencia de la relación laboral.

STS 7341/2005, de 22 de noviembre de 2005: Cap.3: pese a no tratarse de un supuesto de sucesión con los efectos del precepto estatutario, los derechos y obligaciones de las partes podían asimilarse a los derivados del artículo 44 ET.

STS 3095/2006 26 de abril de 2006: Cap.5: Modificaciones sustanciales, art 41 prevé una lista ejemplificativa y no exhaustiva.

STS 3095/2006 de 26 de abril de 2006: Cap.5: Ius variandi y desplazamiento.

STS 2328/2007 de 28 de febrero de 2007: Cap.5: acuerdos individuales en masa.

STS 3675/2007 de 26 de abril de 2007: Cap.5: rebus sic stantibus.

STS 3672/2009 de 18 de marzo de 2009: Cap.5: despido colectivo.

STS 1327/2011 de 9 febrero de 2011: Cap.4: un pacto de que excluya la aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente, acuerdo nulo.

STS 4710/2011, de 17 de junio de 2011(RJ 2011\5423): Cap.3: en un caso de reversión de la actividad de limpieza no opera el artículo 44 ET al no aplicarle a la empresa que retoma dicha actividad el convenio colectivo de limpieza.

STS 6326/2011, de 27 de septiembre de 2011 (RJ 2012\1094): Cap.3: posibilidad de rescindir el contrato de alta dirección en sucesiones de empresa.

STS 8838/2011 de 7 de diciembre de 2012: Cap.3: no es necesario para que exista sucesión empresarial para que se produzca un contrato de cesión de la actividad o de medios materiales entre la antigua contratista y la nueva, sino que basta con que la suceda en la actividad.

STS 9151/2012 de 20 de abril de 2012: Cap.3: no estamos ante una transmisión de empresa a efectos del artículo 44 ET, sino ante una mera venta de participaciones sociales que no ha afectado a la posición empresarial.

STS 989/2013, de 12 de febrero de 2013: Cap.3: mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en el artículo 44 ET.

STS 1804/2013 de 5 de marzo de 2013: Cap.5: Proceso concursal, la entidad empresarial ha de estar activa. De esta forma si al final se trata de enajenar no una empresa o una entidad económica, sino que se van a enajenar bienes o derechos aislados, no susceptibles de sustentar por si solos una actividad empresarial, desaparece el supuesto base para la existencia de sucesión de empresa.

STS 1916/2013 de 9 de mayo de 2013: Cap.2: Cláusula del suelo y limitación de retroactividad.

STS 2043/2013 de 12 de marzo de 2013: Cap.5: rebus sic stantibus.

STS 6693/2013 de 26 de noviembre de 2013: Cap.4: Retrotrae la medida tomada hace 20 años por haberla llevado a cabo de forma individual en vez de colectiva.

STS 2324/2014 14 de mayo de 2014 (RJ 2014\3070): Cap.4: Convenio colectivo nuevo, nulo.

STS 3510/2014 de 8 de julio de 2014, (RJ 2014\4522): Cap.4: Momentos para acordar la ultraactividad.

STS 3581/2014 de 9 de julio de 2014, (1201/2013) (RJ 2014\4637): Cap.3: análisis que hay que hacer, para saber si se aplica la sucesión de plantilla. Por otro lado, cómo afecta la dimensión geográfica y de centro de trabajo a la misma doctrina.

STS 3841/2014 de 29 de julio de 2014: Cap.5: acuerdos individuales en masa.

STS 5504/2014 de 22 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6638): Cap.4: Ultraactividad.

STS 5746/2014 de 9 de julio de 2014: Cap.3: mera sucesión de contratistas no está contemplada en el artículo 44 del ET cuando no exista la transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada.

STS 599/2014 de veintisiete de enero de 2014: Cap.5: Modificaciones sustanciales.

STS 474/2015 a 27 de enero de 2015 (15/2014): Cap.3: referencia a la inversión llevada a cabo en cuanto a delimitar la UPA, manteniendo que lo importante no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la necesidad de los mismos, ya que, la importancia de los factores que intervienen en la producción no se mide en términos cuantitativos, sino cualitativos.

STS 474/2015 de 27 de enero de 2015: Cap.3: sucesión de empresa, importante es la necesidad de los medios, no el coste o el número.

STS 698/2015 a 11 de febrero de 2015: Cap.4: Convenio colectivo nuevo, nulo.

STS 1717/2015 de 20 de abril de 2015: Cap.5: falta de información en sucesión empresarial nulidad despido.

STS 1818/2016 de 7 de abril de 2016: Cap.3: sucesión de contratas en las que no hay transmisión de empresa, entre la empresa saliente y la empresa entrante.

STS 3185/2016 a 18 de mayo de 2016 (RJ 2016\3533): Cap.4: Ultraactividad.

STS 4396/2016 de 12 de septiembre de 2016: Cap.5: Información a representantes en base al 44.9 ET y acuerdos.

STS 4396/2016 de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016\5304): Cap.4: Acordar que convenio aplica es nulo.

STS 4798/2016 de 8 de octubre de 2016: Cap.4: Ultraactividad.

STS 635/2017 de 26 de enero de 2017: Cap. 3: Reversión de actividad

STS 533/2017 de 26 de enero de 2017: Cap. 3: Reversión de actividad

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

SAN 154/2011 de 11 de noviembre de 2011: Cap. Conclusiones: Retrotrae la medida tomada hace 20 años por haberla llevado a cabo de forma individual en vez de colectiva.

SAN 108/2014 de 12 de junio de 2014: Cap.4: falta de información en sucesión empresarial nulidad despido.

SAN 3210/2014 de 14 de julio de 2014: Cap.3: Información a representantes en base al 44.9 ET y acordar que convenio aplica es nulo.

SAN 197/16 de 21 de diciembre de 2016: Cap.4: Información a representantes en base al 44.9 ET y acuerdos.

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y OTROS ORGANISMOS

STSJ de Galicia de 31 de enero 1994: Cap.5: ius variandi.

STSJ Andalucía/Granada 11 marzo 2003 (AS 2143): Cap.5: son condiciones específicas de la empresa cedente que no son susceptibles de subrogación en el marco de la empresa cesionaria, el crédito horario que responde a situaciones específicas de la empresa.

STSJ Baleares de 12 diciembre 2003 (AS 191/2004): Cap.5: rebus sic stantibus.

STSJ Canarias/Las Palmas de 30 julio 2004 (AS 2456): Cap.4: continuar aplicándose a la UPA el acuerdo que puso fin a la huelga.

STSJ Baleares de 11 octubre 2004 (AS 2986): Cap.5: rebus sic stantibus.

STSJS de Cataluña de 6 marzo 2006 (AS 2006/2431: Cap.5: ius variandi.

STSJ de la Comunidad de Madrid 1098/2012, del 21 de diciembre de 2012: Cap.5: Nulidad en la sucesión empresarial por falta de información a los representantes.

STSJ de Madrid 17810/2012, a 4 de diciembre de 2012: Cap.3: supuesto de sucesión de empresa del artículo 44 ET por reversión de la actividad e instalaciones.

STJS del País Vasco 972/2015 de 21 de mayo de 2015: Cap.5: despido colectivo por deber tomar como punto de referencia el centro de trabajo.

STSJ de Madrid de 11 de diciembre de 2015 (AS 2016, 124): Cap.3: Sucesión de activos o bienes sin título.

STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2016 (AS 2016, 633): Cap.3: supuesto de sucesión de contratas en la prestación de servicios consistentes básicamente en actividad de vigilancia y seguridad, al haber asumido la empresa entrante una parte significativa de la plantilla de la saliente por aplicación de los dispuesto en el Convenio Colectivo aplicable.

SJ de lo Social nº 33 de Barcelona 134/2014 de 18 de marzo de 2014: aplicación de convenio colectivo del cesionario si hay acuerdo.

ÍNDICE DE CUADROS

1.- Valor de las operaciones de fusiones y adquisiciones en Europa.	10
2.- Volumen de ofertas de adquisiciones en países europeos	10
3.- Fusiones y adquisiciones en España en trimestres.	11
4.- Ingresos globales de la industria del outsourcing, por región.	11
5.- Ingresos de la industria global de outsourcing, por tipo de servicio.	12
6.- Ingresos totales de las ventas de servicios de consultoras española.	13
7.- Cuadro resumen de compraventas y fusiones empresa Lenovo.	14
8.- Cuadro resumen sobre la empresa ABInBev.	17
9.- Cuadro sectores de las transacciones de fusiones y adquisiciones.	18
10.- Adquisiciones relevante en industria tecnología.	19
11.- Fusiones y adquisiciones en “La revolución de la banca” española.	20
12.- Encuesta sobre los motivos para la adquisición de una empresa.	23
13.- Encuesta sobre motivos para la externalización.	24
14.- Cuadro sobre el impacto del Brexit en la sucesión empresarial.	32
15.- Cuadro resumen del desafío comunitario en Europa.	37
16.- Cuadro de Europa en la actualidad e implicación de los Estados.	42
17.- Cuadro sobre la divergencia entre el Dº de la Unión y el nacional en cuanto a la entidad económica y la sucesión empresarial.	79
18.- Cuadro sobre el Dº nacional, diferenciando el tipo de negocio jurídico, y si conlleva el traspaso de título o no.	173
19.- Cuadro sobre el Dº de la Unión diferenciando el tipo de negocio en la sucesión	176
20.- Cuadro sobre la divergencia entre el Dº de la Unión y el Dº nacional en cuanto a los límites del convenio colectivo del cedente.	226
21.- Cuadro de los Estados miembros que limitan la vigencia del Convenio colectivo del cedente al transcurso del tiempo.	276
22.- Cuadro sobre la duración media de los convenios colectivos y sobre la clausula de la untraactividad	333

RESUMEN

El objetivo tanto del Derecho de la Unión como el del nacional, es que los derechos de los trabajadores afectados por una sucesión empresarial, no se vean impactados por el mero hecho de la transmisión. La presente tesis doctoral se centra en la interacción entre dichos ordenamientos, poniendo de manifiesto ciertas discrepancias en los dos aspectos analizados por el trabajo, tanto en la configuración jurídica de la sucesión como en los efectos laborales. Una divergencia en cuanto a configuración jurídica es que el ordenamiento nacional pide como requisito una transmisión de título, mientras el comunitario se centra en la continuidad de la entidad económica, aunque no haya transmisión de título, esta diferencia conlleva a que, en España, las sucesiones en las contrataciones de servicios y la externalización sin título, no estén amparadas bajo la protección del ET, cuando en la Unión sí que están bajo la Directiva. Otra divergencia es que a nivel comunitario se da cobijo a la sucesión de plantilla independientemente del motivo por el que el cesionario se haga cargo de los trabajadores, mientras que en España únicamente ocurre si la subrogación del cesionario es voluntaria. Una tercera discrepancia es la sucesión de la entidad económica al hacerse cargo el empresario entrante, de suficientes activos, conllevando la subrogación de los contratos de trabajo, esta sucesión no tiene cabida actualmente en España. En cuanto a los efectos laborales, las divergencias radican: 1) en los límites a la aplicabilidad del convenio colectivo del cedente, la Directiva establece cuatro límites obligatorios y uno opcional, de los cuales se han transpuesto dos. Uno de los obligatorios no transpuestos es el de la entrada de aplicación de otro convenio colectivo que sería clave para los tipos de negocio que se dan entre distintos sectores, ya que permitiría aplicar el convenio colectivo del cesionario desde el día de la transmisión; 2) al no reconocer la sucesión de plantilla por nacer de una obligación convencional, los trabajadores tienen el amparo que establezca el convenio colectivo en cuestión, y no el que establece el artículo 44 ET, aunque se transfiera el 100 por cien de la plantilla, además se estaría acordando como impacta la sucesión algo que no permite el ordenamiento jurídico comunitario; y 3) en cuanto al tratamiento del *ius variandi*, nuestra doctrina mantiene que se ve reducido a través del artículo 44.9 ET mientras que el ordenamiento jurídico comunitario mantiene que el cesionario puede llevar a cabo las mismas acciones que podría haber llevado el cedente antes de la transmisión.

ABSTRACT

The EU legal system and the Spanish legal system are aimed at protecting a business' employees in the event of a change of employer, ensuring that the employees' rights are safeguarded and prevent transferred workers from being placed, by reason only of the transfer, in a less favorable position than they were in before the transfer. This study is focused on the interaction between both legal systems on two specific aspects, the concept of the transfer and its impact on the labor terms and conditions, highlighting some relevant gaps on these two aspects. The difference on the transfer itself is that the Spanish system is requiring an ownership transfer, while the EU law looks at the economic entity's identity to see if it's maintained after the transfer despite of the ownership. This means that contracting out services and subsequence contracts are not included on the Spanish scope. This discrepancy involves further disagreements: 1) Directive applies if the staff taken on by the subcontractor is an essential part of the economic entity, in certain labour-intensive sectors, no matter the reason to take on the staff, while in the Spanish system ARD applies only if they are taken on, on voluntary basis. 2) Directive applies if the tangible assets and equipment taken on by the service agreement provider are essential part of the economic entity, while in the Spanish law these situations are not in scope. Regarding the impact on labor terms and conditions, there are three discrepancies between both legal systems: 1) Directive establishes four mandatory limits plus another optional one to discontinue to observe the transferor collective agreement's terms and conditions. Out of which, two have been transposed into the Spanish law. One of the mandatory limits not transposed is the entry into application of another collective agreement, which is key for the cross-sector transfer of undertakings, as it allows to apply the transferee's collective agreement since the transfer's day. 2) If the staff taken on by the subcontractor is an essential part of the economic entity, no matter the reason to take on the staff, the Directive fully applies, while Spanish system only provides the employees the guarantees agreed on the CBA, if transfer is based on a CBA. Therefore, unions and employer's organization are reaching agreements despite this protection should be a public policy matter 3) Spanish authors conclude that standard national non-substantial change in working conditions process is limited if there is a transfer of undertakings, while the UE law allows the transferee to take the same action that the transferor could have taken.

